

DIATRIBA /
DE
FIDEICOMMISSIS

QUAM
PRAESENTE
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO

LVDOVICO RV DOLPHO
DVCE BRVNSVICENS. ET LVNEBVRG.

RECTORE p. t. MAGNIFICENTISSIMO
CVM SERENISSIMA CONIVGE
CHRISTINA LVDOVICA
DVCE BRVNSVIC. ET LVNEBVRG.
NATA PRINCIPE OETTINGIACA

PROMOTORE
ILLVSTRI ET GENEROSO DOMINO
DE GOEBEL

L. V. D. PAND. PROFESS. SERENISSIMI DVCIS BRVNSVIC.
LVNEBVRG. CONSILIARIO AVLICO ET DICASTE-
RII GVELFICI ASSESSORE

PRO SVMMIS IN IVRE CIVILI HONORIBVS
ABSQVE PRAESIDE DEFENDENDAM

SVSCEPIT

FRANC. LVD. COM. DE OETTING.
D. XII. MAII MDCCXXXIV.

HELMSTADII,
TYPIS PAULI DIETERICI SCHNORRII,
ACAD. TYPOGR.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS



CAP. I.

HISTORIA FIDEICOMMISSORVM.

§. I.



Romani juris, dum partem aliquam explanare aggredimur, quid vetat, quo minus, eorum vestigia legentes, ab historia (*) initium ducamus.

A

§. II.

(*) Romanorum institutum, quo rebus ab earum incunabulis lucem conciliare studuerunt, luculenter nobis exponit *Cajus in leg. 1. ff. de O. l.* his verbis: *Facturae legum vetustarum interpretationem, necessario prius ab Urbis initiis repetendum existimavi: non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret. Et certe cuiusque rei potis-*

potissima pars principium est. Deinde, si in foro causas dicentibus nefas, ut ita dixerim, esse videtur, nulla præfatione facta, iudici rem exponere: quanto magis interpretationem promittentibus inconueniens erit, omissis initiis, atque origine non repetita, atque illotis, ut ita dixerim, manibus, protinus materiam interpretationis tractare? namque nisi fallor, istæ præfationes & libentius nos ad lectionem propositæ materiæ producunt: & cum ibi venerimus, evidentior præstant intellectum. Subjungitur Cajo illud Pomponii: necessarium itaque nobis videtur, ipsius juris originem atque processum demonstrare. Lucem uterque fœneratur ex HORATIO lib. I. ep. 2. ubi LAMBINVS in notis; & ERASMO ROTERODAMO ad illud HESIODI: in operis & diebus ne quis mane Jovi libet vinum *χερσὶν ἀνέπτοις*, adagior. chiliad. I. cent. IX. adag. LV. Sed liceat aliorum quoque testimoniis hanc veritatem fulcire. Agmen ducat CICERO, qui lib. II. de Orator. historiam testem temporum, & vitæ magistrā appellat. Lib. I. de legibus autem cap. II. ita Atticum loquentem inducit: Postulatur a te jam diu vel flagitatur potius historia. Sic enim putant, te illam tractante effici posse, ut in hoc etiam genere Græciæ nihil cedamus. Atque, ut audias, quid ego ipse sentiam, non solum mihi videris eorum studiis, qui literis delectantur, sed etiam patriæ debere hoc munus; ut ea quæ salva per te est, per te eundem sit ornata. Subnectit deinde longo ordine seriem Historicorum romanorum ante suam ætatem; unde manifestum fit, urbe vix nata, jam civium numero fuisse historiam. Et quamvis iniquiorem sortem subierint literarum studia insecutis temporibus, adeo, ut A. V. C. D XCII. Cajo Fannio Strabone & Marco Valerio

§. II.

Altius itaque fideicommissorum
origines indaganti, nulla, aut rara sal-
tem, precariæ institutionis vestigia de-

A 2

pre-

rio Messala Coss. Marcus Pomponius Prætor Philo-
sophos, Rhetoresque ex Vrbe proscriberet, SVETON.
de clar. Rhetorib. cap. I. Anno DCXIV. Cornelius Hi-
pallus Prætor ex Italia ejiceret Astrologos. VAL.
MAXIM. *lib. I. c. 3. n. 2.* Tiberius exteros Mathe-
maticos necaret, cives extorres ageret, DIO L. 57.
SVET. *in Tiberio cap. 36.* Domitianus philosophiam
omnem ex Italia proscriberet, SVET. *in Domitian.*
cap. 10. otii ignaviæque magistræ esse ratus, sola
interim historia jus civitatis retinuit. Testantur hoc
commentarii Cæsaris, Augusti, TACIT. *lib. I. an-
nal. cap. XI,* Tiberii, SVET. *in Domit. cap. XX.* imo
Domitianus, etsi literarum expers, Tiberii tamen
commentarios assidua volvebat manu. SVETON. *l.*
c. Sciebat enim imperatoriæ Domui innutritus, fra-
trique successor in Imperio, historiam Principum
esse scholam, & rerum divinarum humanarumque,
sine quibus res publica salva esse nequit, materiam
& fulcimentum. Iure igitur meritoque PLATO *in Cra-
tylo vel de recta nominum ratione p. 331. edit.* MARSILII
FICINI historiam deducit ab ἱστορίαν τὸν ποῦν, *sistit fluxum.*
Non vero in animo sedet, omnia veterum elogia,
quibus historiam mactarunt, studiosius conglome-
rare. Adh, si velis, CASAVBONVM *in præfat. ad*
Polybium.

prehendere licuit (*). Antiquissimi enim mortalium, si quid conjectura assequi

(*) Sunt tamen quædam in remotiori antiquitate, quæ fidei commissorum speciem sapiunt, ubi, si non fidei commissio, fidei tamen aliquid tributum esse fatendum est. Ita Hercules spartanum regnum bello acquisitum Tyndaro reliquit, ea lege, ut si quos ipse Hercules fuscitaret liberos, iis restitueretur. DIOD. SICVL. lib. IV. p. 166. edit. Henrici Stephani, PAVSANIAS in laconicis in pr. Simile quid apud HOMERVM iliad. compos. 22. reperitur, ubi Hector, cum Achille dimicaturus, sequentem cum hoc inire voluit conventionem:

*Sed age hic, Deos respiciamus, hi enim optimi
Testes erunt, & custodes pactorum.*

*Non enim ego te immaniter deturpabo, si mihi Iupiter
Dederit singularem victoriam, tuamque animam auferam.*

At postquam te spoliavero pulchris armis Achilles,

CADAVER ACHILLIS REDDAM, SIC ET TV FAC.

Referri huc potest aliquo modo factum Philippi Regis, apud LIV. lib. XXXII. cap. XXXIIX. qui, cum acie sibi cum Romanis decernendum vidisset, urbem Argos Nabidi, veluti FIDUCIARIAM, dat, ut victori sibi eam restituat. Addam ex HIRTIO de bell. Alexandr. cap. XXXIII. n. 3. regnum Ægypti fiduciarium Arsinoë permissum fuisse, ut, controversia inter Cleopatram & fratrem Ptolomæum composita, illud restitueret. Sic & Nabarzanes apud CURTIUM lib. V. c. IX. postquam cum Bello sceleris

sequi valeo, plus sanguini, quam testatorum tribuebant voluntati(*). Si quidem

A 3

dem

leris socio Darium Regem vincere decreverat, aditum nefariae spei oratione præparans, ita concludit: *proinde si Bactra, quod tutissimum receptaculum est, petimus, Præfectum regionis ejus Bessum, Regem temporis gratia statuamus. Compositis rebus, justo Regi tibi FIDUCIARIUM RESTITVET IMPERIUM.* De fiduciaria Corinthi traditione vid. LIV. lib. XXIII. cap. XXXVI.

(*) Testamenta solo jure civili introducta fuisse, probant L. 120. L. 130. *de V. S. L. 3. ff. qui testam. facere poss.* BALDWINVS *ad LL. Romuli c. 26. n. 3.* ALCIATVS lib. IV. *parerg. c. 25. & in pr. ad leg. Gallus.* DVARENVS *ad tit. de testament. cap. quid sit testamentum.* FABER *in jurisprudent. tit. II. pr. 4. illat. & lib. IV. conject. cap. ult. & de errorib. Pragmatic. decad. XIII. error. I.* alique congesti ab HILLIGERO *ad DONELLVM lib. VI. c. 5. lit. A.* quibus adde quæ PUFFENDORF *contra GROTIUM lib. IV. c. 10. de J. N. & G.* disputat, & ibidem HERT. Nec mirum proin, si antiquitati incognita fuere testamenta, ubi mores boni, non leges civiles, vivendi normam statuebant. De Germanis TACITVS *de M. G. cap. 20. successores, inquit, sui cuique liberi, & nullum testamentum.* Divino Ebræorum jure successio omnis in bona saltem agrorum immobilia, non nisi legitima erat. SELDENVS *de success. ad LL. Ebræorum.* Athenis ante Solonem jus non erat testamenta condendi, sed penes defuncti genus pecu-

dem iniustum ipsis videbatur, *nolle e-
jus reuereri, cui velle non erat amplius.*
VLP. in leg. 3. ff. de R. I.

§. III.

Postquam inde exui cœpit prima
successionum simplicitas, testamen-
torum quidem auctoritas fuit intro-
ducta, nec dum tamen consuetudo
lege firmata, ut testatores precario in
re propria uterentur imperio. Reli-
giosissime tum Romani custodiebant
defunctorum voluntates, quam bo-
nis heredibus intellexisse pro jure
erat

pecunias & domum remanere oportebat. Sunt verba
PLVTARCHI in Solone. MEVRSIVS in Themide attica.
PLATO de LL. XI. neque vos ipsos neque bona vestre pote-
statis esse decerno sed generis vestri. Vnde demum te-
stamenta e jure attico Romam cum XII. tabb. mi-
grasse videntur. DESID. HERALDVS rer. quotid.
cap. ult. Suecis quoque testamenta olim nulla, ut
docet STIERNHOEK. de jur. suec. lib. II. Quod de
Danis quoque asserit CONRING ad LAMPADIUM
tom. II. Conringian. pag. 289.

erat. PLINIVS *lib. V. ep. 7. pag. 436. (*)*

§. IV.

Frequentior succedentibus tem-
pori-

(*) Insigne exemplum reperies apud PETR. AERODIVM in π rerum judicatarum, ad tit. de Scto trebellian: Sextus Peduceus, cum nemo sciret, eum rogatum a C. Plotio Equite romano, neque usquam id scripsisset, ultro ad mulierem venit, eique nihil expectanti, viri mandatum exposuit. Hinc SENECA de tranquillit. cap. XI. sed omnia, inquit, tamen diligenter faciet, tam circumspēcte, quam religiosus homo sanctusque solet tueri fidei commissa. Præclarum quoque DION. HALICARNASSÆI L. II. cap. 77. testimonium hanc in rem est. Locum, licet prolixum, adscribam: *Vt autem cives ad justitiam circa contractus perduceret, rem excogitavit, quam ignoraverunt omnes, qui celebres res publicas constituerant. Videbat enim, quod illos contractus, qui manifesto & coram testibus facti erant, adstantium, sive sociorum, verecundia custodirent, & rari essent, qui circa eos injuste agerent: & qui sine testibus fierent, quorum plures erant quam ceteri, vitam haberent custodiam, fidem nimirum contrahentium. Et paulo post: Hac secum perpendens, primus hominum templum fidei publicæ constituit, & victimas illi destinavit ex arario, quemadmodum ceteris diis, quod & LIVIVS confirmat. QVINTILIAN. declam. III. fides, ait, supremum rerum humanarum vinculum est. Adde his egregia tum Romanorum, tum & Græcorum dicta de fide apud GROTIUM de I. B. & P. lib. III. cap. XLX. §. I. & 2.*

poribus fideicommissorum fit mentio. Enimvero, cum Romanorum leges nonnullis capionem ex testamentis(*) in-

(*) Duo ad hunc §. discutienda veniunt: 1) quibusnam prohibitum fuerit e testamento capere; 2) quid sint fideicommissa tacita. Prohibebantur autem 1) MULIERES, ex lege voconia, lata *A. V. C. DXXXIV.* Conf. BALDVINVS & PERIZONIUS *ad leg. voconianam*, M. Catone Censore suadente, FEST. *in verb. recept. serv.* PAVL. MANVTIVS *de LL. Romanor. pag. 161.* Obliterata lex partim civitatis opulentia, GELLIVS *noct. attic. 20. 1.* partim edicto Prætoris abrogata, post consulatum Pompeji & Cassii. PERIZON. *diff. 2. pag. 133.* 2) PEREGRINI, quippe ad quos nihil plane pervenire potuit. Solo enim *Quiritum jure acquirebatur dominium, hereditatis VARRO Lib. II. de Re rust. c. 10.* Hinc CIC. *pro Archia*, ut civem romanum, non vero peregrinum esse evinceret: & *testamentum*, inquit, *sæpe fecit nostris legibus, & adiit hereditates civium romanorum.* Iniquissima enim Romæ erat conditio peregrinorum. Conf. HEINECCIUS *comment. ad leg. pap. pop. lib. I. cap. I. n. III.* ubi legem papiam de peregrinis erudite exponit. Abrogata peregrinitas per celebrem constitutionem Antonini Caracallæ *leg. 17. ff. de stat. hom.* EZECH. SPANHEIM. *in orb. roman. cap. IV.* ius testamentorum quoque concessum peregrinis affirmat IDEM *l. c. cap. XXIII.* 3) CÆLIBES, de quibus in lege pap. popp.

interdicerent, finxit ingeniosa testa-
torum perfidia heredum fidem, finxit
B pre-

popp. cap. XXXVI. ex restitutione HEINECCII,
& c. XXIII. ex recensione GODOFREDI: Cæli-
bes, nisi intra centum dies legi huic paruerint, neque
hereditatem, neque legatum ex testamento, nisi proximo-
rum genere capiunto. Adde TACIT. lib. III. annal.
c. 25. Nolo jam de antiquato apud omnes fere na-
tiones cælibatus odio operosius inquirere, cum o-
mnia propemodum exhausserit HEINECCIUS in com-
ment. ad leg. pap. popp. lib. I. c. II. & lib. II. p. 339. seq.
Conf. XENOPHON in νεγομαχία, & CRAIG. de
re publ. Laced. lib. III. tab. 4. instit. 1. Historiam cæli-
batus vid. apud ZIEGLER de Diaconis, c. 14. & LVD.
THOMASIN. de disciplin. ecclesiast. T. I. lib. II. c. 60. sqq.
Subsequuntur cælibes 5) ORBI, c. 37. ed. HEINEC. & c.
23. ed. GODOFR. ubi statutum: si qui conjugum, mascu-
lus ultra XXV. annum, femina ultra XX. orbi erunt,
semissem tantum capiunto. Junge de lege papia deci-
maria THALELÆVM ad tit. V. lib. 45. Basilic. p. 48.
edit. GENTIANI HERVETI. Aequale apud præcipuas
gentes orbitatis odium fuit. De Hebræis vid. SELDENVS
de I. N. & G. lib. V. c. 3. de Græcis CRAIGIVS loc. supra cit.
De Germanis TACITVS de M. G. c. 20. p. 631. ed. Gronov.
quo magis, inquit, affinium numerus, tanto gratiosior se-
nectus, nec ulla orbitatis pretia. AMMIAN. MARCEL-
LIN. lib. XIV. de corruptis urbis moribus differens,
refert: Suo seculo vile existimatum, quicquid extra
urbis pornærium natum fuisset, præter orbos & cæ-
libes.

preces, ut precaria hac fraude (*) legum sanctiones eliderent, & enervarent.

libes. Infirmavit & cælibatus & orbitatis poenas Constantinus M. l. un. C. theod. de infirm. poen. cælib. & orb. lib. VIII. tit. XV. Meminit hujus legis AVCTOR vitæ Constantini M. lib. IV. c. 26. quem emendat GODOFREDVS & SOZOMENVS lib. I. c. IX. Licet orbis addere 6) APOSTATAS & HAERETICOS, quos ad peregrinorum sortem variæ Imperatorum constitutiones redegerunt. Cod. theod. lib. XVI. tit. V. & tit. VII. Vide opus æternum GODOFREDI, & SPANHEMII orbem roman. c. 23. ad fin. De universitatibus, diis, &c. jam nostrum non est disquirere. Vide quos recenset VLPIAN. tit. XXII. & ibi commentat. & BROEVS in comment. ad pr. tit. J. de fideicommiss. heredit.

- (*) Ad tacita jam redeamus oportet fidei commissa, quæ supra in legum fraudem quodammodo coepisse monuimus. Iis enim agi videbatur, ut, qui palam capere non possent, obliqua heredis institutione beneficii testatoris participes redderentur. Conqueritur de hac improbitate S. HIERONYMVS ep. ad Nepotianum: per fideicommissa, inquiens, legibus illudimus. Suffragatur THEOPHILVS apud CUVJACIUM ad tit. Inst. de fideicom. hered. & Scholiastes Iuvenalis ad sat. 1. v. 55. ubi dicit: si uxor jure impeditur adultero succedere, ipse maritus leno succedit adultero heres, ut per fideicommissum res adulteri ad adulteram veniat. Fit quoque taciti fideicommissi mentio apud

rent. Quamquam ambigendum non putem, aliquorum nonnunquam fiduciarias rogationes sine fraudis fuisse macula.

B 2

§. V.

QVINTILIANVM p. 407. edit. OBRECHTI, & DION. CHRYSOSTOM. *orat.* 73. in SCHVLTINGII *jurisprud. antejustiniana*. Egregia haud dubie, in PAVLI *libris de tacit. fideicommiss.* contenta, invidit nobis temporum injuria. Sed ut constet, qua ratione legibus fraudem taciti fideicommissi specie obnubilaverint, juvat THEOPHILVM in *paraphras. ad §. I. Inst. tit. de fideicommiss. hered.* audire: *Sæpe numero, inquit, eveniebat, ut civis romanus moreretur, habens cognatos, quibus neque hereditas, neque legata relinqui poterant, propterea, quod diversæ civitatis essent. Vocabat hic ergo civem aliquem romanum, qui heres ex testamento ipsi esse posset, quod eum sibi benevolum & fidum futurum speraret, eumque heredem scribebat, ac rogabat extra testamentum, ut vel hereditatem totam, vel partem ejus, vel certas res illi peregrino restitueret.* Genuinæ profecto precariæ institutionis origines; fidem scilicet heredum obstrangebant sibi testatores, ut ita fidelitatem legibus debitam fallerent. Longius proinde a vero abluere videntur KNIPSCHILD & CHIFLET *de fideicommiss.* qui gentium moribus pietatique fideicommissorum auspicia unice adscribunt. Neque credendum, CICERONEM, tantæ perspicaciæ virum, eo prolapsum, ut omnium fideicommissorum ortum a pietate arcessendum esse affirmaverit. Hoc quidem sua-

de-

§. V.

Neceffum ergo fuit, publica lege
in

dere videntur verba illius *de finibus lib. III. c. 20. p. 332. f. IV. edit. gruterianæ*, ubi ait: *ex hac animorum affectione testamenta commendationesque morientium natæ*, quibus haud dubie ad gentium consensum provocat. Attamen verba hæc generalem admittunt significatum; fideicommissa enim omnia in eorum tendunt favorem, quibus fideicommittentes bene cupiunt. Sed, omisso Cicerone, ad alia, de tacitis fideicommissis tradenda, me conferam. Hæc quidam ex Iustiniani verbis *§. I. Inst. de fideic. hered. quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant illorum, qui capere ex testamento poterant hereditatem*, aliquando firma & licita fuisse contendunt: ego autem simplicem taciti fideicommissi mentionem hic fieri arbitror. Sed videant de hoc me doctiores. Formulam taciti fideicommissi habes apud PAVL. *l. 40. ff. de jur. fisc. ROGO FVNDVM TITIO DES, DE QVO TE ROGAVI. ROGO VOS HEREDES, IN EO, QVOD A VOBIS PETII, FIDEM PRÆSTETIS.* & apud CALLISTRAT. *in leg. 3. pr. ff. de jur. fisc. VOS ROGO, VT IN EO, QVOD A VOBIS PETII, FIDEM PRÆSTETIS, PERQVE DEVVM, VT FACIATIS, ROGO.* Videntur etiam huc pertinere verba ex veteri inscriptione apud GRUTERVVM *p. DCCCXCVIII. n. 2. NEC JVSSA TESTAMENTO, NEC VOCE ROGATA.* Plura suppeditabit BRISSONIVS *de formulis lib. VII. p. 638. & 639. edit. Dn. CONRADI.*

in fucatam privatorum pietatem animadvertere, ne tacito molimine patrias de testamentis sanctiones omnino pessundarent. Rogata hinc lex papia poppæa (*), simulque statutum, ut heredes voluntati tacite fidei committentium deferentes, hereditate existerent. *Cum tamen in occulto perseveraret nefarium facinus*, ut TERTULLIANVS loquitur, sicque L. papia tacite quasi abrogata esset, latum fuit SCtum plancianum (**), quod de adem-

B 3

tio-

- (*) Lata est lex papia poppæa M. Papio Mutilo & L. Poppæo Secundo Coss. *A.V.C. DCCLXI.* (vel ut GODOFREDVS putat, *DCCLXII.*) Desunt hi Consules in NORISII *fast. consular.* quia suffecti. ALMELOVEN in *fast. consular.* ad an. *V. C. 761.* & PIGHIUS *tom. III. annal. roman. p. 538.* Plura de origine & historia hujus legis addere non libet, cum nec ad præsens institutum pertineat, nec meum sit aliorum compilare scriinia. Conf. commentatores *ad leg. pap. popp. ab* HEINECCIO *in præfat. ad b. l.* enumeratos. Iunge LIPSIVM *ad TACITI annal. lib. III. c. 25.* & GRONOV. *ibidem.*
- (**) SCti planciani meminit *lex 59. ff. ad leg. falcid.* & VLPIAN. *tit. XXV. §. 17.* nulla autem ejus apud antiquos

tione falcidiæ, aliisque pœnis improbitatem heredum coërcentibus, agebat.

§. VI.

Mutata Imperii facie, mutata quoque fidei commissorum ratio; quæque solis votorum nisibus nitebantur, ut loquitur SOSIPATER CHARISIVS *institut. grammat. lib. II.* jam publica auctoritate fulciri debebant. Enim vero, cum & materna pietas cederet perfidiæ, teste VAL. MAX. *lib. IV. cap. II. ex. 7.* ubi Cornelia Q. Pompejo filio prædia fideicommissa abnuit, e re videbatur Augusto (*), a majorum disce

quos reperiuntur vestigia. HEINECCIUS *in comment. ad leg. pap. popp.* conjicit, circa tempora Vespasiani conditum fuisse. Vide CUVJACIUM ad VLPiani *loc. cit.*

(*) Præter perfidiam alia adhuc ratio impulit Augustum, ut fideicommissis legum vim tribueret. Ex Lucii Lentuli scilicet codicillis fideicommissa solvenda esse existimavit, & ab hoc principio fideicommissa necessitatis vires accipere cœperunt. Vid. *pr. Inst. tit. de codicillis.* Singulare exemplum fideicommissi, ad Augusti tempora spectans, refert JOSEPH. *lib. I. de bello judai-*

discedere instituto, quando Romani quoque ab antiqua Quiritum fide desiscerent. Jussit itaque Consules, ut

judaico c. 29. editi HAVERCAMP. ubi tradit, ab Herode magno factum testamentum, in quo Antipatrum ex Doride gnatum in regno heredem scribit, & eidem Herodem filium quoque suum ex Mariamne oblique substituit. Sic enim Josephus; τὴν δὲ διαθήκην κομίζειν, ἐν ἣ βασιλεὺς μὲν Ἀντίπατρος ἐγγράπτο: Ἀντιπάτρας δὲ Ἡρώδης διάδοχος ὅς ἐκ Μαρίας τῆς τῷ ἀρχιερεὺς θυγατρὸς γεγονός. *Testamento* (ad Cæsarem) *porando*, in quo scriptum erat, ut Antipater quidem post ipsam regnaret, Antipatro vero in regnum succederet Herodes, ex Mariamne Pontificis filia procreatus. Recte διάδοχος. Fideicommissarius non est herestestatoris, sed nec instituti; verum succedit in ejus locum. Substitutionis autem istius, siue fideicommissariæ restitutionis hunc fuisse effectum, ostendit Antipater ipse, ut Antipatri filii ei in regno non succederent; sed frater ejus Herodes, cui erat restituere post obitum jussus. Id enim querebatur Antipater: ἀφ᾽ ἧς δὲ αὐτὸν ὑπὸ τῷ πατρὸς ἢ τῇ ἐπὶ τέκνοις ἐλπίζα. διάδοχον γὰρ ἔτῳ αὐτῷ τινὰ παιδῶν μετὰ τὴν τελευτὴν, ἀλλὰ τὸν Μαρίας τῆς Ἡρώδης θυγατρὸς γυναικὸς. Quod ita exprimere tentavit HEGESIPPVS, lib. I. cap. 43. *Ex testamento patris etiam jus commune ereptum, ut data spe regnandi, cujus ad tempus vicarius foret, non aliquem ex suis filiis in imperium substitueret; sed Herodi Mariamne filio necesse haberet regnum refundere.* Convenientius dixisset restituere, ut observat DESIDERIUS HERAL-

ut suam auctoritatem fideicommissis interponerent, ut sic vinculo juris continerentur, quæ ante solo rogatorum pudore subsistebant.

§.VII.

RALDVS *de auctoritate rerum judic. L. 2. c. 2.* Ceterum, ante Augusti tempora cognitiones de fideicommissis ad centumviros spectasse existimo. Mover me ad hoc *l. 13. ff. de inoffic. test.* ubi habetur: *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit, eodem testamento ita cavit: ea omnia, quæ supra dari fieri jussi, ea dari fieri volo ab omni herede, bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestato. Item quæ dari jussero, ea uti dentur, fiantque, fidei ejus committo. Quæsitum est, si soror CENTVMVIRALI IUDICIO obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur?* Prætermiserunt hæc SIGONIVS *de antiq. jur. civ. rom. lib. II. c. 18.* & SIBRANDVS SICCAMA *de centumvir. judic. lib. II. c. 18.* ubi uterque de rebus ad cognitionem centumviralem pertinentibus agit. Arbitris quoque locus fuit. Ita apud CIC. *lib. II. de finib.* in testamento Q. Fabii Galli, P. Sestilius Rufus heres rogatus, ut hereditatem filiae suæ restitueret, ipso renuente *res ad arbitros delata est.* Augustus Consulibus: Claudius vero Præsidibus provinciarum cognitionem de fideicommissis mandavit. SVET. *in Claud. c. 23.* Proprium deinde Prætozem fideicommissarium constituit. §. I. *Inst. de fideicommiss. heredit.* ibi: *tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Prætor proprius cre-*

§. VII.

Jam prospectum videbatur testa-
torum voluntati, heredum tamen sa-
C luti

retur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicom-
missarium appellabant. Idem VLP IAN. fragment. tit.
XXV. §. 12. & inscriptio antiqua apud G V T H B E R L E T
de Saliis, cap. VI. & C A R. C Æ S. M A L V A S. in marmorib.
Jelsin. p. 265. referunt. Meminit præterea unius tantum
Prætoris THEOPHILVS in paraphras. b. t. Ita & l. 92. pr.
ff. de cond. & demonst. l. pen. in fin. ff. quib. ad libert. pro-
clam. nec non l. 2. C. qui pot. in pign. unius tantum Præto-
ris mentionem injiciunt. Quis ergo non videt cum
HOTOMANNO in anti-Triboniano, totam legem 2. ff. de O. l.
aut magnam ejus partem, nil nisi fabulas Tribonia-
ni redolere, & secundum quoque Prætorem fideicom-
missarium in cerebro Triboniani natum? Errori torte
ansam præbuit locus Q V I N T I L I A N I instit. orat. lib.
III. c. VI. p. 134. edit. OBRECHTI; unde palam fit, apud
Consules de majoribus, apud Prætores vero de mi-
noribus fideicommissis actum fuisse. Et sic Tribon-
ianus duos Prætores finxit, e duplici cognitione.
Imperatores quoque subinde de fideicommissis co-
gnoscebant, ut de Commodò constat ex leg. 26. ff.
de probation. & simile quid apud AMMIAN. MAR-
CELLIN. GONZALEZ ad decret. tom. III. tit. XVI. p. 509.
n. XI. Nescio tamen, quo pacto exciderit Viro do-
cissimo, ut librum secundum AMMIANI MARCELLI-
NI citet. Nec major fides habenda Triboniano, dum
l. 2.

luti parum consultum, qui, dum solo heredis elogio contenti esse juberentur, onera quoque soli cogeabantur experiri, meliorem nacti sortem, postquam, Nerone imperante, SCto trebellianico (*) statutum esset, ut actiones

l. 2. §. 32. ff. de O. l. unum ex Prætoribus fideicommissariis per Titum detractum fuisse, commemorat. Vid. GERH. COCCEJ. ad tit. ff. de O. l. p. 366. & VAN DER MVELEN ad eund. tit. p. 228. qui Cocceji loca, insalutato hospite, in suos videtur applicare usus.

(*) Latum est SCtum *A. V. C. DCCCXIV. VIII. cal. Sept. L. Ann. Seneca & Trebellio Maximo Coss. suffectis. ANT. AVGVSTIN de LL. & SCtis p. 213. GRAVINA de LL. & SCtis p. 638. Singularem FORNERIVS rer. quotidian. L. 2. c. 18. fovet opinionem, Senecæ, ut perduellis, licet conjurationis non comperti, memoriam & nomen ex fastis consularibus esse sublatum. Atque ut huic majorem conciliet fidem sententiæ, ad alia provocat exempla. Sub Imperatore Arcadio legimus Eutropium ex Consulibus albo deletum, solo ejus Collega Theodoro inscripto. Denique Pisonis nomen fastis radendum olim Aurelius Cotta censuerat apud TACITVM lib. III. *annal. c. 18.* Ceterum eo SCto non actiones directe ab herede fiduciario removebantur, habebat tamen*

nes heredi & in heredem fideicommissarium cederent, ne ipsis fides sua periculosa esset, ut verba SCti habent.

§. VIII.

Auxit beneficium Neronis Vespasianus, dum, lato SCto pegasiano (*)

C 2

quar-

men ex SCto trebell. exceptionem, l. 1. & l. 4. ff. ad SCt. trebell. l. 1. §. 8. ff. quand. de pec. act. an. De auctore SCti non est, ut operosius disquiramus; meminit ejus TACIT. lib. XIV. annal. c. 46. p. 977. edit. GRONOV. unde patet, quod cum Q. Volusio & Sextio Africano census per Gallias egerit. IDEM lib. I. histor. c. 60. Britannia eum praefuisse scribit; at tamen provincia sua pessime esse functum, quod confirmat in vit. Agricola cap. 16. p. 720.

- (*) Prodiit SCtum pegasianum Pegaso & Pusione Coss. De Pegaso SCHOLIASTES JUVENALIS ad sat. 4. Pegasus, ait, Freierantii filius, ex cujus Liburnae Parasemo nomen accepit, juris studio gloriam meruit, ut liber vulgo, non homo duceretur. Hinc functus omni honore, cum provinciis pluribus praefuisset, urbis curam administravit. Hinc est pegasianum SCtum. In fastis consularibus horum non injicitur mentio. HOTOMAN. diff. de quarta pegasiana, putat, illos inter suffectos fuisse Coss. Si conjecturis indulgendum esset, dicendum forte: vocem *Pedio* in *Pusio* esse corruptam.

Fuit

quartam bonorum partem fideicommissario heredi detrahendam fiducia-rio addiceret. Vltimam manum ad-
jecit Hadrianus SCto aproniano (*),
quo

Fuit autem Cn. Pedio Castus Domitiani, Consula-
tum suffectum ineuntis, Collega. NORISIVS *in e-
pist. consul. p. 53.* PAGI *critic. in annal. eccles. BARO-
NII vol. I. p. 68.* Fateor tamen, hanc conjecturam
imbecilli plane fundamento niti. Ceterum produ-
xit hoc SCtum legem falcidiam, quæ ad legata tan-
tum pertinebat, ad fideicommissa etiam universalia,
§. 5. *Instit. b. t.* Vnde fortassis etiam quarta falcidia
appellari solet trebellianica *l. 26. ff. ad leg. falcid. & l. 27.
§. quod si 10. ff. ad SCt. trebell.*

- (*) De SCto aproniano varie inter se discrepant aucto-
res; varii enim in Romanorum annalibus occurrunt
Apronii. Vt vetustiores huc non pertinentes tace-
am, Apronius Cæsianus Caligulæ temporibus Con-
sulatum gessit, PIGHIVS *in annal. Roman. tom. III.
p. 566. ad an. DCCXC.* ALMELOVEN *p. 71.* Sub
Trajano *an. DCCCLIX.* Consul fuit Vpsanius Apro-
nianus. NORISII *fasti consular. p. 21.* ALMELOVEN
eum vocat suffectum. CVJACIVS *in Julian. L. 40.
five ad l. 23. ff. ad SCt. trebellian.* putat, ad Marci tempora
illa SCta prodiisse, quibus concessum fuerit, collegiis
legare Vid. *l. cum Senatus ff. de reb. dubiis.* Commu-
niter ad Hadriani imperium refertur, & quidem Pæ-
tino

quo civitatibus quoque per precariam heredis institutionem capere concessit, unde hactenus per acutas JCtorum romanorum ineptias arcebantur.

§. IX.

Tandem Justinianus Imperator, postquam jurisprudentiam romanam ex obsoletæ antiquitatis ruderibus pristino suo restituere cogitaverat nitenti, eliminata interpretum colluvie, resecta incondita legum multitudine, ut est *in constitut. de veter. jur. enucle-*
C 3
and.

tino & Cassio Aproniano Coss. Conf. ADR. RELANDI *fastos consular.* & HOTOMANN. *de LL. & SCtis.* ANT. AVGVSTINVS *de LL. & SCtis* p. 209. etiam ad Quinctium Nigrum & T. Apronianum Coss. referri posse, existimat. *L. omnibus* 26. ff. *ad SCt. trebell.* Alii ad Apronium & Paulum Coss. Conf. GRAVINA p. 638. Cavebatur hac lege, ut civitatibus quoque & universitatibus jus esset capiendi ex testamento per obliquam substitutionem, ut docet VLPIAN. *tit. XXII. §. 5.* & rationem hujus subtilitatis addit, quod scilicet hereditatem cernere non poterant. De cretione vid. PERIZON. *not. ad S. ANCTII Minervam* IV. 15. & *in responsione ad diatrib.* KVSTERI *de vocab. cerno.*

and. & §. 3. prooem. Instit. fideicom-
missariam quoque institutionem nova
quasi induit veste, sublatis aliis, aut
temperatis saltem ad seculi mores,
quibus diuturna consuetudo auctori-
tatem, utilitatemque abrogaverat.
Ita I. () stipulationes e foro relega-*
vit, cum in legibus magis simplici-
tas, quam difficultas placeret. §. 7.
*Inst. de fideic. heredit. II. (**)* SCtum
 pega-

(*) Intercedebant stipulationes inter heredem & fidei com-
 missarium ex SCto pegafiano, ut lucrum damnum-
 que inter se partirentur. Cum SCto nihil de actioni-
 bus cautum fuisset, dicebantur stipulationes partis &
 pro parte. VLP IANVS *tit. XXV. PAVLVS recept.*
sentent. lib. IV. tit. III. §. I. THEOPHILVS lib. II. tit. XXIII.
pag. 492. ubi stipulationis verba exhibet. Interponi
quoque inter legatarium partiarium & heredem
consueverant. VLP IAN. loc. cit. Stipulationum for-
mulas conservavit nobis PLAVTVS passim, &
TERENT. in Andria, & Heautonti. Collegit
quoque eas BRISSENIUS de formulis lib. XII. Add.
THOM. HERBAI rer. quotid. cap. I. & II. EGVIN.
BARO de stipulationib. CHARONDAS de verbor. obligat.
& BYNCKERSHOECK libr. singul. ad L. lecta c. V.

(**) Inter rationes abrogati SCti videntur stipula-
 tio-

pegasianum transfudit in trebellianicum. vid. *Instit. loc. cit.* III. (*) Heredi necessitatem adeundi imposuit. *Instit. ibid.* IV. (**) Fideicommissa singularia legatis exæquavit, actiones communes fecit. *l. 2. C. comm. de legat.* & fidei-

tiones, de quibus ante. MERILLVS *observat. lib. VII.* c. 15. & 34. & EGVINARIUS BARO *in manuali lib. V. p. 489.* Tribonianum, accusant, quod MODESTINI locum *l. 45. ff. ad SCt. trebellianic.* interpolaverit & pro pegasiano reposuerit trebelliano. Sed vide SCHVLTING. *p. 391.*

- (*) Imo, si heres adire, & quarta contentus esse nollet, deficientibus coheredibus aut substitutis, ipse heres fideicommissarius adire potest. *nov. 1.*
- (**) Multiplicem differentiam legatorum a fideicommissis exponunt VLPIAN. *tit. XXIV. & XXV.* CAJVS *Inst. lib. II. tit. VII. §. 9.* CUVJAC. *in paratit. ad lib. VI. C. Justin.* & ibi ANNIBAL. FABROTVS *in enarrat. p. 534.* DVAREN. *ad leg. 1. ff. de legat. 1. & 2. disp. 9. & CHIFLET. lib. II. de jur. fideicommiss. cap. V.* BALDVINVS *in Justin. lib. III. p. 211. seq.* ALEX. TVRAMINVS *de exæquat. legat. lib. sing. c. 1. & 3.* recenset XIX. differentias. Fallitur ergo ROBERTVS *lib. II. sent. cap. 23.* & CORAS. *lib. V. miscell. cap. 17.* ubi scribit, Iustinianum hic *facitasse*, quod alias illi non insuetum, ut eorum se auctorem scribat, quæ a veteribus etiam tradita, sed sparsim ac imperfecte, quæ ipse in unum coegerit. Cont. MARC. LYCLAMA *lib. IV. membr. eclog. 2.*

fideicom. & nov. 108. cap. 2. ()* Denique soli heredi fideicommissario absque testibus & scriptura, vel *(**)* nutu, vel nuda voce precariam hereditatem

()* Actiones quod attinet, tres sunt quas Iustinianus communes fecit. I) Actionem ex testamento, quæ est in personam ejus a quo legatum vel fideicommissum relictum est. *l. 1. C. comm. de legat. & fideic.* II) Actionem in rem, ad vindicandam rem, quæ relictæ est, si modo testatoris fuerit, quæ alias legatis peculiaris erat, *l. 76. ff. de legat. 2.* Vid. *DVAREN. l. c.* III) Actionem hypothecariam in ceteras res hereditarias, pro quantitate legati aut fideicommissi; non etiam in res heredis, aut ejus, a quo legatum aut fideicommissum relictum est, veluti ex tacita hypotheca, sublata solenni in rem missione, quæ, herede non existente, solvend. fideicommissorum nomine fiebat, adversus extraneos possessores rerum hereditariarum *Nov. XXXIX. in pr.* Vid. *CHIFLET. de jur. fideicommiss. lib. II. cap. V.*

*(**)* Nutu quoque relinqui posse fideicommissa, docet eleganter pro more *FRANC. HOTOMAN. in quæst. illustrib. q. 13. QVINTILIANVS declamat. 247. voluntas hominum non tantum voce signata est, an vero si manu promississet? an vultu annuisset? &c.* Nutus enim voluntatem indicat, animique testis est, id quod probat liber *COSRI part. II. p. 134. n. 72. ex edit. BVXTORFII*, ubi auctor de variis linguæ lo-

tem deferri posse constituit. Vid. §. ult. *Inst. h. t. leg. ult. C. de fideic. l. 21. ff. de legat. 3. & leg. 22. C. de fideicom.* Atque ita Augusti gloriam cum adæquare non posset, antecessit merita.

§. X.

Manfit voluntas Justiniani rata etiam insecutis temporibus. Ipse Basilus

loquens officiis, ita concludit, & orationis præscriptura prærogativam commendat: *Potest enim eloquens juvare orationem motibus oculorum, superciliorum, toto capite & manibus, nutu, nictatione, iisque significare iram, benevolentiam, humilitatem, superbiam, idque quousque & quantum ipsi licebit.* Hinc nutus a nuere, quod antiquis idem ac velle. Conf. IOH. BONIFACIUS in tract. italic. de arte loquendi nutibus, & FORNERIUS selection. lib. I. cap. 3. Labitur tamen HOTOMANNVS in Antitriboniano c. VII. p. 127, quando a Diocletiano & Maximiano, ut aulico suo cuidam gratificarentur, Principibus constitutum esse, fideicommissa nutu relinqui posse, putat. Etenim jam, octoginta annis ante, VLPPIANVS lib. I. tit. XV. fragm. ait: *etiam nutu fideicommissum relinquare, usu receptum.* Ceterum jure novo quinque desiderari testes, SCHVLTINGIUS ad VLPPIAN. l. c. propter l. ult. C. de codicillis, affirmat.

lius Macedo cum filiis, utut Iustiniani gloriam invidis intuiti oculis, sanctiones tamen ejus circa fideicommissa libris Basilicorum inferi curaverunt, publicam utilitatem privatis anteponentes studiis (*).

§. XI.

(*) Apparet hoc ex libris ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ *Lib. XLI. tit. III. de hered. qui hered. restit. juss. sunt, tom. V. edit. FABROTTI p. 452.* ubi omnia plane conspirant cum Iustiniani legibus circa fideicommissa. Id sane dubium non habebit, SCtum, simpliciter ibi positum, trebellianum denotare. Vid. *c. l. II. &c.* & ibi THEODORI, THALELÆI & CALOCYRI *scholia*. Hic ultimus verb. *cap. V.* ὅτι καὶ αἱ ἀγραφῶς καταλιμπανόμεναι καὶ ὁμάδα ἀποκαταστάσις ἐχνοῖσι, manifeste ad *leg. 22. C. de fideicom.* alludere videtur. Adde *tit. subsequen- tem de heredib. & falcid.* ubi leguntur verba: *qui soli trebelliano in hujusmodi fideicommissis locum dedimus,* Iustiniani legem hac de re plene approbantia. Caput VI. ex *L. 6. cod. Iustin.* descriptum testatur LEVN-CLAVIVS *in synops. libr. Basilic. p. 375.* Ampliori probatione rem planam non indigere, existimo. Conf. HARMENOPVL. *in procheiro juris.* Ceterum, fideicommissorum inter Græcos indoles sat abunde quoque colligi potest, ex testamento S. GREGORII NAZIANZENI, longe Iustiniani tempora antecessentis, quod exstat *in append. ad primum tomum opp. ejus ex edit. IAC. BILLII PRVNÆI,* ubi, postquam Gre-

§. XI.

Ad germanicas jam gentes progredior. In his ferius fideicommissa obtinuisse videntur (*). Nam juris civilis

Gregorium Monachum & domesticum suum heredem instituit, sic pergit: οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔσσαν μὲ ἀποκληρονόμοι ὅτο μέντοι ὥστε αὐτὸν πᾶσαν μὲ τ' ἔσσαν κινητὴν καὶ ἀκίνητον ἀποκαταστήσαι τῇ ἀγίᾳ καθολικῇ ἐκκλησίᾳ τῇ ἐν Ναζιανζῷ μηδὲν τὸ παράπαν ἐπεξηλούμενον πλὴν ὧν ἂν ἐν ταύτῃ τῇ διαθήκῃ μὲ τισὶν ἰδικῶς καταλίπω λεγάμεν ἢ Φιδεκομμίσση χάριν, quæ verba ita reddit SIRMONDVS: *Ceteri omnes ex heredes mihi sunt, ita quidem, ut ipse Gregorius Monachus meam omnem substantiam mobilem & immobilem S. catholice Nazianzi ecclesie RESTITVAT, nihil penitus subducens, præterquam quæ hoc testamento quibusdam privatim reliquero legati aut FIDEICOMMISSI gratia.* Scriptum fuit hoc testamentum paulo ante constantinopolitanam sedem renunciatam. CAVE p. 200. ad ann. Christi CCCLXXXI. quo juxta fastos græcos, Cassiodorus, Marcellinus Comes & Panvinus Eucherius & Syagrius Coss. fuere. Dubitat quidem RIVINVS, an genuinum sit, sed nulla auctoritate aut fundamento nititur.

- (*) Antiquissima fideicommissorum vestigia inter Francos reperio, apud quos etiam primam fixit sedem mentio iuris romani. Ita in testamento PERPETVI turonensis Episcopi an. CDLXXIV. conditio hæc legitur: *Sororis meæ filiæ Iuliæ Perpetuæ crucem parvam auream ex emblasmate de reliquiis Domini do lego,*

vilis subtilitates invisis nescio an propitiis diis quam diutissime apud Germana-

lego, quam tamen OBNIXE ROGATAM VELIM, ut, si forte iubente Domino eam contingat migrare, ante Dadolenam virginem, ECCLESIAE MEAE POSSIDENDAM RELINQVAT. ROGO soror Dadolena, ut moriens eam ecclesiae, quae libuerit, addicas, ne veniat ad indignos. Quod si transeat Dadolena ante te, sit tibi liberum, carissima soror, filia Iulia Perpetua, praedictam crucem, cui volueris, relinquere, volo statuo. Vid. D' ACHERY spicileg. tom. III. p. 303. nec ab his abludunt, quae in Bertichramni cenomannicae urbis Episcopi testamento reperiuntur. Villas, inquit, sitas in territorio Dunenre, hoc est villa pannonica, quam de Iohanne Abbate dato pretio, hoc est solidis centum quadraginta comparavi, & villam Marcercos, quam de Bethone, filio Badone quondam similiter visus sum comparasse, ipsas recolas indubiissimus nepos meus Sichelmi post meum obitum recipito, sic quoque ut post tuum obitum filii tui inter se aequallementia dividant. MABILLON. veter. analect. pag. 261. Apud PAVLUM WARNEFRID. de gestis Longobard. lib. II. c. 7. Alboinus Pannoniam amicis suis Hunnis contribuit, eo scilicet ordine, ut si quo tempore Longobardis necesse esset reverti, sua rursus arva repeterent. Substitutionis certe speciem sapit, quando Carolus M. in testamento apud PITHOEVM annal. & histor. Francor. p. 285. ita differit: Quodsi ceteris superstitibus Ludovicus fuerit defunctus, eam partem Burgundiae, quam regno ejus adjunximus, cum Provincia & Septimania
sive

manos eorumque propagines exularunt, donec furtivo quasi gressu cum

D 3

Ro.

sive Gothia, usque ad Hispaniam Pipinus accipiat: Carolus vero Aquitaniam & Vasconiam. Habet sane fiduciarii juris indolem, quæ in Ælfridi Anglorum Regis testamento circa an. 910. scripto leguntur apud SPELMANNVM in append. ad vitam Ælfridi M. pag. 195. Insuper VOLO, QVOD ILLI HOMINES, quibus ego liberas meas terras delegavi, NON ALIENENT illas a mea cognatione ultra dies suos, ET VOLO, quod transeant diebus suis MEÆ PROPINQVIORI COGNATIONI, nisi ex se ipsis procreati fuerint filii legitimi. Nescio itaque, an omnino veritati consentaneum, quod scribit COVELLVS in institut. jur. anglic. tit. XXIII. hereditates fideicommissariae nullo in usu sunt apud Anglorum gentes. Videntur etiam aliquid ex fideicommissio habere, quæ leguntur in testamento Guilielmi Dni montis pessulani, de an. 1146. Item, Dnæ meæ matri dimitto quaecunque modo possideo, & ipsa teneat & custodiat castrum & tantum de assumentis honoris ipsius castri, &c. POST MORTEM VERO IPSIVS CVNCTA HEREDI MEO REMANEANT. D' ACHERY spicileg. tom. III. p. 498. Aliud in testamento Guilielmi cujusdam montis pessulani Dni, de an. 1202. reperitur, ubi testator hoc modo disponit: Guilielmum filium meum primogenitum heredem instituo, - - - Item, si dictus filius meus Guilielmus sine prole legitima quocunque tempore decesserit, volo & statuo, ut omnia quæ ei reliqua, jure institu-

Romanis moribus eorum jura quoque sese Germanorum consuetudinibus

stitutionis, pertineant ad filium meum Thomam, qui dicitur Tortosa. D' ACHERY l. c. p. 362. Ex fideicommisso aliquid trahere videntur, quæ in Ottonis IV. testamento, an. 1218. condito, reperiuntur: hoc igitur, inquit, ob remedium animæ nostræ testamentum novum facientes, omni affectione, qua possumus, te, frater Henrice Palatine Comes, ROGAMVS, ut si Deus, in cujus ditione cuncta sunt posita, præceptum suum de nobis fecerit, ut universæ carnis viam ingrediamur, quatenus pro amore Dei, & in ea fide, qua nobis dominio, & fraternitate adstrictus es, sanctam crucem, lanceam, & coronam, dentem Ioh. Baptistæ, & imperialia insignia, præter pallium nostrum, quod dandum est ad S. Ægidium, 20 septimanas post decessum nostrum conserves, & nulli hominum sub cælo representantes, nisi ei, quem Principes unanimiter elegerint, & juste, aut ei, qui nunc est electus, si Principes in eum consenserint, apud TOLNERVM cod. diplomat. pag. 63. Clarius fideicommissum exprimit testamentum Beatricis Siciliæ Reginae an. 1266. conditum, ubi: Item filium nostrum primogenitum Carolum heredem nostrum universalem nobis instituimus. Item si contigerit, dictum Carolum filium nostrum sine legitimis liberis ex se procreatis quandocunque decedere, VOLVIMVS ET MANDAMVS, quod dictus Carolus dicto Philippo filio nostro RESTITVAT OMNIA supra dicta, in quibus ipse Carolus nobis fuerit institutus. In testamenti clausula Alexihetæ filia Hugonis Comitis Ruthenorum

bus ingererent, & tandem præsidio temporis plenam legum induerent auctoritatem.

CAP. II.

rum de 1247. ita cautum : *In eodem (testamento) Amalricum filium suum heredem sibi fecit & instituit ; & si dictus filius suus decederet ante ætatem perfectam, vel postmodum sine liberis legitimis ex matrimonio natis, quandocunque omnia bona ejus prædicto viro patri ejusdem filii sui, vel suis heredibus sine detractioe trebellianicæ seu legitimæ jure substitutionis voluit quod reverterentur*, apud MARTENE & DURANDVM tom. II. vet. analect. Alia loca, in quibus fideicommissorum apparent vestigia, vide apud D' ACHERY tom. III. p. 562. 660. 703. &c. MIRÆVM in cod. donat. piar. tom. I. p. 1. MABILLON lib. VII. de R. D. p. 507. item, in formulis MARCVLFI apud BALVZ. in capitularib. p. 408. 409. §. VII. VIII. pag. 416. tom. II. 417.

Affine quid fideicommissis occurrit apud veteres in *Alode*, scilicet terra. Alodia enim ad imitationem fideicommissorum inducta esse, affirmat COCCEJVS in hypomnem. jur. feud. tit. I, §. IV. Proprius autem familiarum fideicommissa recipiunt, utpote in quarum conservationem omnis alienatio & successio feminina in salicis prædiis prohibita fuit. Leges salicas, Ripuar. & Bajuvar. Angl. & Saxon. hanc in rem citat COCCEJVS loc. cit. GALANDVS du franc Aleu p. 25. Anciennement, inquit, comme j'ay cy dessus remarqué Alodus Alodum, signifioit un heritage propre enaché aux familles, comme par des racines & liens puissans, deux à l'épargne aux veilles & aux travaux des ancestres, quod proavus, quod avus, quod pater excoluit, de ces propres, il n'estoit pas loibles

ble, de disposer sans le consentement des heretiers, aussi les filles n'y succedoient pas. Conf. de prædiis salic. formulas MARCVLFI apud BALVZ. capitul. tom. II. p. 498. 412. seq. & ibi BIGNONIVS. MABILLON de re diplomat. lib. VI. n. 62. p. 507. MIRÆVS donat. belg. lib. I. c. 8. piar. c. 95. ECCARD ad leg. salic. p. 107. & ante eum illustris Præceptor meus DNVS DE GOEBEL, in dissert. de hereditat. ejusque petit. p. 9. ubi terram salicam terris ad curiam principem pertinentibus, ut partem toto contra distinguunt. De variis significatibus vocis *Alode* consulenda in primis eruditissima glossaria SPELMANNI, LINDENBROGII & DV CANGE. Plurimumque comparato opponitur. *L. salica tit. 62. L. Ripuariorum tit. 58. MARCVLFVS lib. II. c. 7. & traditio THEOTRICI apud SCHAN. p. 82.* Tandem vero & comparatum *alode* dictum, & generaliter omnis proprietas, quatenus beneficio contradistinguitur, hoc censita nomine. BIGNONIVS in notis ad MARCVLFVM apud BALVZIVM p. 895. In veteris ævi monumentis etiam terra propria vocatur. *Leges Luitprandi lib. VI. p. 83. apud MVRATOR. Scriptor. italic. tom. I. part. II. Lotharii I. ibidem p. 140, 145, 167. Ottonis II. ibidem p. 172. MIRÆVS C. D. P. lib. I. c. 69. tom. I. p. 79.* Add. var. chart. apud SCHANNAT in trad. fuld. Observandum adhuc, in alienatione bonorum immobilium, nec non ad ea pertinentium, nonnunquam mentionem fieri consensus necessitudine junctorum, uxoris & filiarum, ut in *traditionib. fuldensib. PISTORII & SCHANNATI passim.* Cujus ratio esse videtur, quod masculi proximam succedendi spem haberent, & feminæ, non existentibus aliquando masculis, in his succederent bonis, alimentaque ex iis expectarent, & inter conjuges bonorum esset societas.

CAP. II.

DE FIDEICOMMISSIS IN
GENERE

§. I.

Quo magis exploratum est, per
vocabulorum scrutinia (*) in re-
rum penetrari notitiam : eo mi-
nus

(*) Recte etymologiam PLAVTVS *verivverbium*; ARI-
STOTELES *σύμβολον*; SCALIGER *lib. III. poët. c. 55. veriloquium*; CICERO *in topicis ad Trebatium cap. 8. notitiam* appellant; nulla enim ars ad eru-
endam veritatem aptior, ad exponendam noti-
tiam securior, ad supplendam denique originum
deperditarum cognitionem certior est, quam etymo-
logia. Apposite HORAT. *de art. poët. v. 311. ait: Ver-
baque provisam rem non invita sequuntur.* Hinc de-
finit etymologiam SCALIGER *l. c. cap. 90: Ety-
mologia est vocis ratio, id est vis, qua vox a voce ge-
neratur.* Non ignorarunt eximiam studii etymo-
logici utilitatem viri in republ. literaria principes,
PLATO Græcorum, & VARRO Romanorum doctissi-
mi, quibus jungendi CHRYSIPPVS cum universa
Stoicorum lecta. Plurima veterum monumenta, ety-
mologiarum argumentis vel suffulta vel exornata,
adducere possem, nisi ad ICTOS progrediendum foret,
quorum labor improbus in enodandis verborum dif-
ficul-

nus habet dubii, nomina non ex nuda & arbitraria valere impositione, sed

ficultatibus, reliquorum lucubrationes etymologicas longe antecedit. Testem huius veritatis QVINTILIANVM appello, qui *lib. V. inst. orat.* sic loquitur: *At si major erit materia, nullum ornatum in his, qui modo non obscuret, subtrahendum puto. Nam & saepe plurimum lucis affert illa translatio, cum etiam ipsi ICTi, quorum summus circa verborum proprietatem labor est, littus audeant dicere, qua fluctus allidit. Lib. XII. autem cap. 2.* ita huius studii utilitatem commendat: *questio juris omnis aut verborum proprietate, aut æqui disputatione, aut voluntatis conjectura continetur.* Veteres potissimum ICTi ad Stoicorum, quos secuti dicuntur, doctrinam circa verborum origines investigandas, magna versabantur cura. Vlpianus hac in sparta principem inter eos locum obtinuisse fertur; atque inde ipsi *ὀνομασιόδους* nomen partum esse ex ATHENÆO SCIPIO GENTILIS *lib. I. parerg. 3. & libr. singul. origin.* ALBERICVS GENTILIS *de abusu mendacii cap. 6.* VALENT. GVIL. FORSTERVS *observat. lib. II. cap. I.* & pater ejus VALENTINVS FORSTERVS *histor. jur. rom. lib. II. cap. 27. n. 7.* CVJAC. *lib. XI. obs. cap. 37. & lib. XXVI. obs. cap. 41.* & MENAGIVS *in amoenit. jur. civ. cap. III. p. 256.* referunt. Sed altius liceat ascendere in ICTorum classem. Antistius Labeo, quem, & Atejum Capitonem ejus æmulum, auctore TACITO *in fin. lib. III. annal.* Augusti ætas pacis tulit decora, etymologiarum studio

sed ad earum quodammodo vim & naturam exprimendam esse introdu-

E 2

cta,

dio insigniter jurisprudentiam adjuvit. Audiamus hac de re A. GELLIVM *lib. XIII. cap. 10.* differentem, ubi *Labeo Antistius*, inquit, *juris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit, & consulentibus de jure publice responsitavit; ceterarum quoque bonarum artium non expertus fuit, & in grammaticam sese & dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, LATINARVMQUE VOCVM ORIGINES RATIONESQUE PERCALLVERAT, eaque praeipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur.* Gajus plures libros de origine vocabulorum conscripsit, cujus septimum laudat idem GELLIVS. Illustria quoque in corpore juris nostro exstant monumenta, diligentiam veterum Ictorum in perscrutandis verborum originibus declarantia, e. g. *VLPIANVS l. 1. pr. ff. de just. & jur. jus a justitia; MARCIANVS l. 8. §. 1. ff. de R. D. sanctum a sagmine; PAVLVS leg. 57. ff. de V. S. Magistratus a Magistris; POMPONIVS leg. 2. §. 16. ff. de O. 1. Consules a consulendo; CASSIVS l. 111. ff. de V. S. Censores a censere, quod significat constituere; JAVOLENVS l. 242. §. 3. ff. de V. S. viduam quasi vecors vesanus; GAJVS l. 1. §. 6. ff. de grad. & affin. consobrinus quasi consororinus; MODESTINVS l. 4. §. 3. ff. eod. affines quasi ad fines cognationis accedentes; VENVLEIVS morbum fonticum a fontes, quod nocentes; JULIANVS l. 51. ff. ad leg. aquil. occidere a cadendo & cede; FLORENTINVS l. 42. ff. de religiof.*

Etā, cumque de genuino vocum significatu constare nequeat, nisi origine earum & compositione perpensa. De vocabuli *fideicommissi* natalibus aliquatenus solliciti jam erimus.

§. II.

Vocabulum (*) *fideicommissi* ex voce

ligios. & sumt. fun. monumentum a memoria, deducunt. Plura exempla congefferunt SCIPIO GENTILIS lib. sing. de origin. PETR. DVIRSEMA conjectur. jur. civ. lib. II. cap. 2. MERILLIVS obs. lib. I. cap. IO. DVCKER de latinit. veter. fCtor. in fin.

- (*) ALTHVSIVS in *dicæolog. lib. I. cap. 49. n. 2. fideicommissa*, ait, dicta sunt, quia nullo juris vinculo, sed tantum fide & pudore eorum, qui rogabantur, continebantur, postea ad juris necessitatem tracta sunt, ut refert Justinianus in tit. *Inst. de fideicom. heredit. ALEXANDER ad GAJI Instit. lib. II. tit. VII. p. 123. jurisprudent. antejust.* Consentit THEOPHILVS: Φιδεικομμίσσα προσηυρεύθη τῇ πείσει καταπιστευθέντα. SVIDAS ita reddit: τὰ ἐν πείσει καταλημπανόμενα ὑπὸ τῆς μέλλοντος τελευτῆς. *Glossar. græc. apud GROTIUM in flor. spars. ad jus justinian. b. t.* τὸ τῇ πείσει τῆς κληρονομίας κείμενον. Rarior in Basilicis est vox Φιδεικομμίsson, cujus loco plerumque substituitur ἀποκατάσεις. Luculentam expositionem

voce *fides* & *committere* esse compo-
situm, in vulgus notum, atque haud

E 3

dubie

nem hujus vocis vide in HENR. STEPHANI *thesaur. ling. græc. sub hac voce*, p. 1774. & GVILIEL. BVDÆI *comment. linguae græcæ*. Non abludunt ab hac significatione *fideicommissi* auctores latini. ISIDORVS *origin. lib. IV. cap. 24. p. 930. ex edit. GODOFREDI*, *fideicommissum*, ait, *dictum, ut fiat quod a defuncto committitur, nam fides dicta eo, quod fiat, quod tamen non in directis verbis, sed precativis exposcitur*. Aliis quoque auctoribus notum *fideicommissi* vocabulum. TERTULLIANVS *libr. ad uxorem*, *tu modo*, inquit, *ut solidum possis capere admonitionis nostræ fideicommissum*. Et *lib. de præscript. advers. hæretic. sicut Apostoli*, ait, *caverunt, sicut abjuraverunt, sicut fideicommiserunt, ita teneo*. Simili modo utitur ARNOBIUS *adversus gentes lib. IV. p. 115. ex edit. ELMENHORSTII*, *per tramites ergo quosdam, & per quedam fideicommissa, ut dicitur vestras, sumunt atque accipiunt cultiones*. Subin *fideicommittere* etiam simplicem testatorum commendationem involvit, absque ulla restitutione facienda, quod innuere videtur inscriptio apud GRVTERVM pag. CCCXXII. n. 4. Bæbi Gemellini testamentum referens: CAETRANIÆ P. F. SEVERINÆ SACERDOTI DIVÆ MARCIAN T BÆBIVS GEMELLINVS - - - AVGVST. CONJVG. SACRATISS. CAPVT EX TESTAMENTO CETRANIÆ SEVERINE COLLEGIS DENDROPHORVM FABRVM CENTONARIORVM MVNIC. SASSI HS. SENA MIL-
LIA

dubie idem erit, quam conscientiae alicujus mandare id, cui nullo juris vinculo adstringebatur.

§. III.

Tandem & fiducia, potissimum in fideicommissis aut rationi aut glaucomati fuisse, heredis fiduciarii & fideicommissarii appellationes suadent (*). Quis ignorat enim eum, qui

LIA DARE VOLO, FIDEIQUE VESTRAE COLLEGIALI COMMITTO, & in fine: HOC VT ITA FACIATIS, FIDEI VESTRAE COMMITTO. Conf. BARNAB. BRISSONIVS *de verb. signif. voce: fideicommissum*. Aequae auctoribus familiaris vox est *committere pro mandare, confidere* &c. ut ex *Commentat. ad leg. commissor.* palam fit. Quid fides sit, acu tetigit CICERO *lib. I. offic.* ubi est *dictorum conventorumque constantia & veritas*. Vnde facili negotio disces, cur fide in obliqua heredis institutione opus fuerit.

(*) Ita quoad rem visum CORASIO *miscellan. jur. civ. lib. VI. c. 9. n. 4.* CONNANO *comment. jur. civ. lib. VII. cap. 4. I. 2. p. 568.* *fiduciarius heres enim semel appellatus sub hoc articulo qui fidem suscepit de restituenda hereditate ex Scto, quomodo fiduciarius pater apud Catonem*
jur.

qui directe institutus hereditatem alii

jun. cujus fidei committitur, ut remancipet filium naturali patri. EGVINAR. BARO in jur. enucl. manual. jur. sing. p. 473. seq. Conf. verba G A J I lib. II. Inst. tit. VII. unde statuendum erit, fideicommissarium aliquando etiam illum, qui hereditatem restituere debet, denotare, nisi dixeris, verba illa aut librariorum aut Aniani manu esse depravata. De fiduciario herede vid. l. 46. & 67. ff. ad SCt. trebell. & comment. GOTHOFREDI ad cod. theod. de commissor. rescind. tit. I. p. 254. BVDDÆVM in annot. prior in ff. MATTHIAM MARTINIVM in oper. etymolog. verb. fiduciarius; GREGOR. THOLOSAN. in syntagm. jur. univ. lib. XLII. synt. 29. FORSTER de success. lib. II. cap. 21. n. 2. & omnium optime HILLIGER in DONELLO enucleato lib. VII. cap. 21. 22. & 25. Heres oblique substitutus plerumque fideicommissarius appellatur, ita occurrit in l. 4. l. 16. §. 7. & 8. & passim sub tit. de SCt. trebellian. Aliquando fideicommissarius significat illum, qui restituit, ut in leg. 29. §. 2. ff. quib. mod. ususfr. amitt. nec non leg. 51. ff. de judic. & in Nov. 108. licet CHIFLET de fideicommiss. lib. I. c. I. locum græcæ Novellæ forte in mendo cubare existimet, unde pro ὁ Φιδεικομμισσαρίος reponendum putat τῷ Φιδεικομμισσαρίῳ, male, ut opinor; familiarem enim hanc fideicommissarii significationem Græcis esse, dubitare me non patitur locus insignis in græc. glossar. tom. III. thes. Otton. subjunct. ubi: Φιδεικομμισσαρίος ὅμας χῆμα ἐπίτροπον ἐπέχων ἐπιτρόπον τρία γὰρ εἰσιν εἶδη, ἐπίτροπος τοῖς ἀνηλίκοις, καὶ ὁ Φιδεικομμισσαρίος ποδ' ὀφείλει, fidei-
com-

alii restituere debet, fiduciarium, & in

commissarius speciem continet Præfecti (alicujus), nam tres sunt species Præfectorum, Præfectus impuberum, Curator impuberum, & fideicommissarius, qui alicui tenetur. Tenetur autem solus heres fiduciarium, cui statim subjungitur Φιδεικομμισσάριος πίσει βαλλάμενος. fideicommissarius fide constitutus. In mediæ ævi monumentis apud MABILLON in veter. analectis executores testamentorum fideicommissarii vocantur. Adjiciendum erit, quibus verbis relinqui potuerint fideicommissa, qualia sunt dare, petere, rogare, velle, mandare, exigere, quæ THEOPHILVS παρακλητικά vocat. Precaria hæc verba inflexa quidem dici, sed nusquam obliqua, scripsere quidam, & recte. Obliqua quidem verba dicit AM. MARCELLIN. lib. XV. cap. VIII. verum alio sensu. Precaria a directis differunt, quæ Græci ἐγκλητικά vocant; ejusmodi sunt: Titius heres esto, sume, cape, præcipe, sibi habeto, &c. rationem autem diversitatis explicat SERVIVS lib. V. æneid. vers. 533. Sume, inquit, verbum est Ictorum, quo utuntur, quoties legatum non ab herede datur, sed est in accipientis arbitrio, apud THOM. PAPILLONIVM de direct. hered. instit. cap. I. BRISSON. de V. S. hac voce, & VLPIAN. tit. XXV. §. 2. ZASIVS in substit. tractat. p. 624. sqq. VACON. libr. IV. declarat. 64. Controversum est inter Ictos, an verba volo habere in fideicommissis adhiberi possint? Aliqui admittunt, vocabulum volo directum non esse, addunt tamen, hoc exceptionem pati, si verbis directis adjungatur. Verum enimvero, cum volo, & volo dari expresse a Ictis

in quem beneficii summa redundat,
fideicommissarium vocari.

F

§. IV.

ICTIS veteribus inter verba, quibus fideicommitteri potest, referantur, ab hac sententia discedendum reor. Conf. PAUL. lib. IV. sent. tit. l. n. 6. VLP-
IANVS t. 25. n. 2. accedit, quod volo apud auctores bonæ notæ in significato precario usurpetur, e. g. apud SALLVST. lib. IV. QVINTILIAN. declamat. CCCXXV. talem fideicommissorum formulam lau-
dat verbo volo conceptam: *volo ut hanc hereditatem restituas cui rogavi*. Mando quoque verbum fideicom-
missi est, l. 15. ff. de probat. & mandatum proficiscitur his verbis: *rogo, mando*, l. 1. ff. mandati l. 16. C. de negot. gest. VIRGIL. lib. VI. *eneid. vers. 116. Idem orans man- data dabat*. Videntur autem certamina de verbis di-
rectis, obliquis & communibus per l. 2. C. commun. de legat. & fideicommiss. esse sublata, quoniam ibi Iu-
stinianus Iuliano P. P. rescribit: *omne verbum signifi- cans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicom- mittere volentis, utile atque validum est, sive directis ver- bis, quale est jubeo forte: sive precariis utatur testator, quale est rogo, volo, mando, fideicommitto*. Libet hic aliquas fideicommissorum subjungere formulas ex
BRISSENI formul. lib. VII. VLP. l. 17. §. ult. ff. ad SCt. trebell. *fidei tuæ fili committo, ut, si alieno berede moriaris, restituas Sejo hereditatem*. PAULVS l. 19. ibid. *rogo, hereditatem illam restituas*. IULIAN. l. 25. eod. *a te heres peto, fideique tuæ committo, ut quicquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo,*

§. IV.

Non solo fideicommissi nomine venit precaria institutio, sed etiam obliqua substitutio (*) vocatur. Quin &

meo, prima quoque die, aut si prius quid ei acciderit, matri ejus des, reddas. Interdum rogabantur, accepta certa quantitate, restituere. VLP. leg. ii. §. 3. ff. de legat. 3. & l. 13. §. 6. ff. de heredit. petit. aut deducta parte quarta, PAPINIAN. l. 58. ff. ad SCt. trebell. Subin conditio accedebat, veluti si sine liberis decederent, l. 22. §. 4. l. 25. §. 2. & l. 33. ad SCt. trebell. Si alieno herede moreretur l. 17. §. ult. ff. ad SCt. trebell. Si sine liberis intra trigesimum annum moreretur, l. 78. §. 4. ad SCt. treb. Heres autem vel pure hereditatem restituere rogabatur, videlicet statim, l. 27. §. 16. præsentis die, l. 22. §. 2. ad SCt. trebell. vel post tempus, puta post mortem suam, l. 77. §. 4. ff. de legat. 2. post mortem meam restituas hereditatem, ita, ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur, l. 72. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. Tandem etiam restitui poterat hereditas duobus, ut in l. 16. §. 4. ff. ad SCt. trebell. vel uni ex pluribus, ut in l. 7. §. 1. ff. de reb. dub. l. 57. §. 2. ff. ad SCt. trebell.

(*) Substitutionis vocabulum variis significatibus obnoxium esse, eleganter evincit THOM. PAPILLONIVS *de direct. hered. substit. cap. I.* In jure autem nostro præcipue de hereditate alteri, vel directe vel obli-

oblique restituenda usurpari, etiam iis constat, qui primis tantum labiis juris prudentiam delibarent. Magis subtilis igitur, quam vera est illorum disputatio, qui fideicommissa e substitutionum numero pellere conantur. Ita ZASIVS *ad ff. de substitut. n. 8. quia fideicommissaria substitutio non habet gradum, & per eam non fit heres, sed loco heredis.* BELLO-
 NVS *lib. III. supput. jur. per §. ult. Inst. de pupill. substit. non potest substituere, sed potest per fideicommissum obligare; & per tit. Inst. de fideicommiss. hered. non a substitutionibus conceptum.* Denique & GOVEA-
 NVS *ad ff. tit. de substit. per leg. 39. §. 3. de administ. tutel. ubi institutus fideicommisso gravatus dicitur non habuisse substitutum,* apud HILLIGER *ad DONEL-
 LVN lib. VI. cap. 24.* Contrarium enim solide de-
 clarat VACON. A VACVNA *declarat. 61. n. 6. ex leg. 6. vers. cum autem C. de instit. & substit. adde l. 19. pr. de testam. milit. ubi PREGARIA INSTITV-
 TIO.* Acute DONELLVS *l. c. quia mentio est direc-
 tæ, l. 15. ff. & l. 5. C. b. t.* Est igitur & alia non direc-
 ta, quam ita vocat PAPINIANVS *l. 41. §. 3. ff. b. t. l. 57. §. penult. & ult. ad SCt. trebell. & PAUL. leg. 46. ff. de substitut.* In dicta *l. 39.* autem tanquam insolitum quid observat Papinianus, ei substitutum defuisse he-
 redem; unde jure inferri posse arbitror, semper fi-
 duciario heredi substitutum fuisse fideicommissa-
 rium, & præterea huic legi opponi possunt *l. 41. §. 3. ff. de vulgar. & pup. subst. l. 57. §. 1. & 2. ubi expresse
 extrat substitutio fideicommissi, l. 76. ad SCt. trebell. &
 l. 14. de fideicommiss.* Directa substitutio etiam se-
 cunda heredis institutio audit, uti præter leges no-
 stras apud alios auctores occurrit. Testis erit HORAT.
lib. II. ferm. sat. V.

&, licet substitutionis vocabulum se
solo

*Si cui præterea validus male filius in re
Præclara sublatus aletur; ne manifestum
Cælibis obsequium nudet te: leniter in spem
Accipe & officiosus; ut & SCRIBARE SECVNDVS
HERES: & si quis casus puerum egerit orco,
In vacuum venias: perraro hæc alea fallit.
Qui testamentum tradet tibi cumque legendum,
Abnuere, & tabulas a te removere memento;
Sic tamen, ut limis rapias, quid PRIMA SECVNDO
CERA VELIT VERSV.*

Videtur hæc substitutio e LL. decemviralibus cunas trahere, quibus amplissima facultas indulta tuit testatoribus de re sua disponendi. Hinc usum & morem ejus inter Romanos laudat APPIANVS *de bell. civil. lib. II.* ἔδος γὰρ ἦν Ῥωμαίοις, παραγράφειν τὰς κληρονομίας εἰς ἑτέρας, εἰ μὴ κληρονομοῖεν οἱ πρότεροι. *Mos erat Romanis describere heredes alios, quam priores constituissent pro heredibus, quod a Græcis dimanasse, in propatulo est ex testamento Aristotelis apud DIOG. LAERTIVM in ejus vita, in quo puellæ, si prius quam nupta esset, moreretur, aut deinceps sine liberis decederet, Nicanorem quendam substituit. PAPILLONIVS l. c. cap. IV.* Videtur directæ substitutionis antiquitas plerosque in errorem induxisse, ut cognatam substitutionem aliquam æquali antiquitatis prærogativa condecorarent. Varie porro partiuntur directam substitutionem, præcipue vulgaris & pupillaris celebratur a Ictis, quibus exemplaris sive quasi pupillaris, militaris, reciproca sive brevi-
loqua

solo positum, directam videtur involvere substitutionem (*).

F 3

§. V.

loqua, item compendiosa adduntur, quamvis minus recte hæ ultimæ pro substitutionibus, specie diversis, ab aliis habeantur. ZASIVS *in tractat. de substit. p. 613.* Non autem sola origine & verbis, (de quibus supra) sed effectū quoque inter se differunt substitutio directa & precaria. Ita prior institutio nititur hac conditione: *si heres non erit*, posterior vero tacite quasi additum habet: *si heres erit*. In priori detractio nulla: in hac trebellianica subin & falcidia locum habet. Directa non nisi verbis expressis subsistit: obliqua etiam ex interpretatione elici potest. Illa primum, hæc secundum heredem magis honorat, (de qua formula BRISSEON. *lib. IV. antiquitat. cap. 19.* & FRANC IVRETUS *in not. ad epist. Symmachi lib. I. ep. I.*). Multa alia in sequentibus enucleanda erunt ad diversitatem utriusque substitutionis spectantia, quæ latius deducit ZASIVS *in opusc. de substitut. p. 561.* De obliqua substitutione in specie CUIACIUS *lib. XI. obs. cap. 25.* & ALTHUSIUS *in dicaologia lib. I. cap. 49.* videantur.

(*) Verba enim potius directe explicari debent, ut ex glossa in *l. verbis civil. 7. ff. de vulg. & pupill. subst.* probat GREG. THOLOSANUS *in syntagm. jur. univ. lib. XLII. cap. 27. n. 2.* Præterea fideicommissa, tanquam onera & odiosa, stricte esse interpretanda videntur. Atque ita mihi valde dubia apparet illorum, inter quos etiam est ZASIVS *in tract. de substitut. p. 650.* fen-

§. V.

Ad descriptionem jam progrediamur oportet; exactam enim fideicommissorum definitionem vix ausim polliceri, ubi jam dudum princeps Philosophorum ARISTOTELES pronuntiavit, nihil in omni scholarum ambitu majori difficultate laborare, quam veram rerum naturam & essentiam explicatione assequi. Videtur itaque fideicommissum esse *defuncti voluntas, verbis precariis vel æquipolentibus, actu inter vivos, vel ultimæ*

vo.

sententia, qui casu, quo heres institutus duos habeat substitutos, alterum vulgarem, alterum per fideicommissum, ipso instituto repudiante, censent præferendum esse fideicommissarium. Addendum his, quod Goveanus lib. I. var. lect. cap. I. n. 8. putet, fideicommissum & fideicommissariam substitutionem differre ut genus & speciem, ubi & utriusque exempla affert. Ita ipse Imperator distinguere videtur in pr. Instit. de fideic. hered. ubi: *nunc transeamus ad fideicommissa, sed prius est, ut de fideicommissariis hereditatibus videamus.*

voluntatis declarata, ut heres omnia bona sua, vel partem eorum, vel rem singularem alii restituat, salva ubique quarta ()*.

§. VI.

(*) Singula membra suis quæque locis examinabuntur: in præsentem autem de aliorum definitionibus erimus solliciti. VLP. *fragm. tit. XXV.* fideicommissum definit, *quod non civilibus verbis, sed precativis relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur.* Sed hæc respicit fideicommissa, quatenus nullum juris civilis vinculum adjectum habent. Conf. SCHULTING. *in jurispr. antejustin. pag. 660.* Hodie enim non tam ad verba defuncti, quam ad mentem fideicommittere volentis per conjecturas elicendam respiciendum est. Huc refer verba PAULI *lib. IV. recept. sent. tit. 1. n. 2.* ubi filio quibuscunque verbis fideicommissa a patre relicta deberi docet. In jure nostro adæquatam definitionem necdum invenire licuit. DONELLVS *lib. VII. cap. 15.* fideicommissum vocat *quasi liberam hereditatem ex fide & voluntate heredum pendentem*, sed hæc quoque Vlpiani laborat vitio. GREGOR. THOLOSANVS *Imagm. jur. univ. lib. XLII. cap. 28. n. 4.* definit, *quod sit substitutio obliqua, per quam testator a persona honorata vel aliquid alteri restitui jubet.* Præterquam autem, quod hæc definitio sit obscura, etiam fideicommissum ab intestato non convenit. Miror præterea THOLOSANVM definire fideicommissa per

§. VI.

Fideicommissum in varias dispe-
scitur species: ita in expressum (*) &
tacitum sive implicitum; hoc est
aut

per substitutionem, cum tamen ea ex substitutio-
num numero expungere tentaverit. Taceo CHI-
FLETII definitionem *lib. I. de fideicom. cap. 6.* ne bre-
vitatis limites egrediar. Alias definitiones exami-
nant CUVJAC. *lib. II. obs. cap. 25.* & ALTHVS. *in di-
caol. lib. I. cap. 49.*

- (*) Expressum est, ubi voluntas fideicommittentis, quid
nempe post mortem suam de bonis suis fieri velit,
per verba precaria se manifestavit. De verbis sat a-
bunde superius locutus sum: illud tantum ad ver-
ba precaria addendum reor, hæc subin civilibus
opponi, quibus cives quotidie substituendo utantur,
ut erudite scribit FORCATVLVS *in necyomant. juris,*
dial. 25. n. 6. Add. FABR. *in errorib. pragm. de-*
cad. 33. Nec interest, inutiles forte cura, ampli-
us de verborum precariorum proprietate sollicitum
esse; postquam, ut monuimus, Imperator *in l. 2. Cod.*
comm. de legat. & fideic. non ad subtilitates verborum,
sed ad mentem fideicommittentium respiciendum
esse sanxit, licet PAPILLONIVS. *de directa hered.*
substit. c. I. dissentire videatur. Conf. LÆLIVS
TAVRELLVS *ad leg. Gallus & leg. vellejam.* paulo
post pr.

aut interpretativum (*) aut constitu-
 G tivum,

(*) Fideicommissi taciti naturam superius jam terigimus. Species hujus est interpretativum, quando propter interpretationis æquitatem aliquid pro fideicommissio declaratur, quod in se fideicommissum non est. Exemplo nobis sint 1) substitutio pupillaris, ultimo elogio codicillari clausula auctiori a matre facta. 2) Substitutio in codicillis scripta. 3) Substitutio pupillaris patris, annos impubertatis excedens, ex aliquorum opinione, 4) aut a patre naturali, vel filio emancipato facta, & 5) præteritio filii in testamento patris, clausula codicillari munito, suscepta. Singula jam exempla penitiori subjiciamus disquisitioni. Primum quod attinet exemplum, matrem filio pupillariter substituere non posse, ii tantum ignorant, quos laret, substitutionem pupillarem patriæ potestatis effectum esse. LEON. *de substitut. n. 105.* Asserto huic *l. 33. ff. de vulg. & pupill. subst.* obstare videtur, ubi mater filium 14. annorum heredem scribit, substituto alio pupillaribus tabulis. Mire Doctorum ingenia torfit hæc lex. Hinc quidam ad emendationes confugerunt, ut POLITVS SENENSIS *tract. de substitut.* legens *si pater*: verum, licet ea substitutio specie & figura pupillaris videatur, re ipsa tamen & effectu vulgaris est, quia existente substitutionis casu, matris duntaxat, non etiam filii bona consequitur substitutus, ut legem hanc exponit PAPILLONIVS *de substit. pupill. cap. III.* & CHARONDAS *περιταυών lib. II. cap. 13.* Hinc ex effectum quodammodo pupillares tabulæ dicuntur, quia effectum

tivum, quale est fideicommissum familiae,

fectum pupillarium tabularum sortiuntur. Conf. CUVJAC. tract. 3. ad Africanum; CÆS. COSTA var. ambiguit. jur. lib. III. cap. 20. Ceterum tantas clausulæ codicillaris dicunt esse vires, ut sub ejus umbra substitutio pupillaris a matre facta convalescat, & fideicommissi naturam induat. CHIFFLET. lib. III. de fideicom. cap. I. sqq. Ad alterum fideicommissi taciti progredior exemplum, substitutionem scil. in codicillis scriptam, in quibus directo hereditatem dari non posse, tralatitium est, l. 2. §. 4. ff. de jur. codicill. & l. 2. §. 1. C. de codicill. Ab hac doctrina tamen videtur discedere l. 76. ff. ad SCt. trebell. ubi sic scribit Scævola: Si pater filium suum impuberem scripserit heredem, eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit: licet substitutio inutilis sit; quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest; tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur, quod si invicem fuerunt substituti, & in fideicommisso substitutionem valere; unoque eorum mortuo, qui supersunt, totum accipiunt. Hinc juris interpretes arbitrantur, exceptionem esse formandam, quoties substitutio in codicillis sit facta, toties tacitum ibi contineri fideicommissum. DONELL. lib. VII. cap. 17. & HILLIGER in not. Verum VACONIVS & VAUDIVS existimant, in hac lege peculiarem haberi casum, qui, ut jus singulare, extensionem non admittat. Ille lib. IV. c. 64. n. 20. ait: In leg. Scævola substitutio pupillaris, quæ

miliæ, de quo in cap. III. agetur. De-
 G 2 inde

non potuit valere ut pupillaris, valet benigna interpretatione ut fideicommissum pupillare, quod adveniente pubertate evanescit. VAVDIVS var. quæst. lib. II. asserit: legem cit. ad imperfecta patrum testamenta pertinere, atque eam velle, ut, licet ab intestato filius major succedat, voluntati patris obsequi ac parere debeat, sive precariis verbis sit concepta, sive civilibus proponatur, salva scilicet ex Scti auctoritate falcidia, ut Divi Cæsares rescripserunt. Sed nec objiciat quis, patri suo filium in hoc non succedere, sed impuberi fratri heredis heredem, etsi longissima sit successio testatoris aut fideicommittentis heredem esse, ac si principaliter ipsi defuncto succederet. Confundit VAVDIVS casus; in nostra enim lege non agitur de casu, quando filius major patri succedit; unde quæ de obsequio voluntati patris præstando petitur ratio, hic non procedit: rectius tamen admitti posse videntur, quæ de fideicommissio pupillari dicuntur a VACONIO. Credit enim hic, in verbis legis fideicommissum pupillare contineri, quod filio pubere facto evanescat. Sustinent hoc verba VLPiani lib. I. de fideicom. leg. 93. ff. de legat. I. ubi: quod fideicommissum hætenus, quatenus impubes decedat, valebit. Ceterum si pubes factus decesserit, evanescit fideicommissum. Nec illum procul a vero abesse reor, qui asserit b. l. ad fideicommissum familiæ spectare, scilicet quod pater filio impuberi in codicillo proxima cognatione junctos substituerit, ita ut in favorem conservationis familiæ pro fideicommissio sit de-

inde dividunt in purum & conditio- na-

declaranda. Atque hoc quodammodo constare videtur ex *l. 38. pr. ff. de legat. 3.* quæ est ex eodem libro digestorum Scævola, §. 1. 2. 3. 7. ubi LANGENBECK *in annotat. cap. 16.* Occurrit præterea in hac lege insolens formula in §. 4. idem fere suadens : *Iulius Agrippa Præmipilaris*, (de qua voce vid. ALEXAND. ab ALEXANDR. *genial. dier. lib. I. c. 5.* VEGETIVS *de re militari lib. II. cap. 8.* & ibi STEVECHIVS PAGNIVS *exposit. jurid. lib. II. cap. 14.*) *testamento suo cavet, ne ullo modo RELIQUIAS EIVS & prædium suburbanum aut domum maiorem heres ejus pigneraret, aut ullo modo alienaret.* Loco huic, a nullo hætenus, quod sciam, JCTo illustrato lucem affundere annitor. Dicendum itaque: Iulium Agrippam fors arma secutum, & eo in loco defunctum esse, ubi nullum religiosius pignus, magisque stringens heredem, quam cinerum oppignoratio, id quod de Ægypto testatur LUCIANVS *in dial. mortuor.* infamia illos notatos scribens, qui pignus hoc sacrum non retraherent. Pertinet huc locus S. AMBROSII *cap. X. lib. de Tobia*, ubi usurariorum execratur pravitatem, qui cadavera defunctorum sibi oppignorari curabant, addens : *nam & alibi talia suscipi pignora dicuntur.* Sed redeundum ex diverticulo non inamœno in viam. Apparet ex his, JCTum de casibus, ubi bona aut personæ, aut nomini, aut familiæ debuerunt conservari, sollicitum fuisse. CUVJAC. *lib. XV. obs. cap. 4.* GOVEAN. *lib. II. var. jur. lect. cap. 18. p. 297.* qui pro voce

natum, in universale, particulare &
 G 3 fin.

ce *mater* posuit *pater*, arbitratur, verba eo tendere, quod nullum sit fideicommissum, quia *fidem heredum testator non videtur secutus*, quos *sibi invicem cavere jubet de prædiis successione conservandis*. Verum enim vero ACCURSIVS *b. l.* ita interpretatur, ut verba non exhibeant fideicommissum, mens autem inducat, observante GOTHOFREDO *in not. ad b. l.* Videtur porro huic sententiæ suffragari *l. II. ff. de legat. 3. quæ ex lib. fideicommissor. ULPIANI* excerpta est, ubi præcipue §. 9. notandus. Quam curiosam legem variis in locis ulterius illustrent BALDVINUS *de conditionib. cap. XI. p. 261.* SARMIENT. *lib. 2. select. cap. II.* ACOSTA *lib. I. select. c. 21.* ANT. AUGUSTIN. *lib. IV. emend. cap. 10.* IVRETUS *in notis ad epist. Symmachi lib. I. c. 1.* aliique. Ceterum quomodocunque etiam hæc se habeant, id certum est, in communem transiisse opinionem, ob ultimarum voluntatum favorem quasvis substitutiones codicillis insertas, interpretationis benignitate, in fideicommissum resolvi. FABER *in errorib. pragm. decad. XXX. err. 8.* GREGOR. THOLOSAN. *syntagm. jur. univers. lib. XLII. cap. 213.* GOTHOFR. *ad l. 76. ff. ad Sc. trebell.* ZASIVS *in opuscul. p. 648.* DONELLVS *lib. VII. c. 17.* MATTH. GRIBALDVS *lib. I. de rat. studior. cap. 5.* FABER *lib. XV. conject. cap. 12.* PAPILLON. *de substit. pupill. c. IV.* Ad reliquorum opiniones PHOTII verbis respondebo, quibus de PHILONE suum dedit iudicium in *bibliothec. cod. CIII. CIV. & CV.*

singulare; porro in unilaterale & bi-
late-

CV. peccant in immutanda legis idea & afferenda expositione a mente Scævolæ aliena.

De tertia fideicommissi interpretativi specie jam dispiciendum erit; ubi observandum, quod pater ultra annos impubertatis filio pupillariter substituere non possit, & si longius tempus comprehensum fuerit, tamen expirat pubertate substitutio. Ita PAPINIANVS lib. IV. respons. in l. 7. ff. de vulg. & pup. substit. POMPONIVS lib. II. ad Sabinum in l. 14. ff. eod. & CHARONDAS περαιων lib. II. cap. 13. Nec pagani igitur sed militibus privilegio hoc datum, ut substitutiones eorum pupillares annos superare queant. PAPINIANVS lib. VI. respons. in l. 15. ff. de vulg. & pupill. subst. l. 8. C. de impub. & aliorum substit. CHARONDAS l. c. cap. XI. IACOB. CONSTANTINÆVS subtil. enod. cap. 3. Antinomiam inter has leges statuit ANTON FABER lib. 15. conject. c. 12. unde in cit. l. 8. expungenda censet verba: *veluti ex causa fideicommissi*, apud DOMINICVM AVLISIVM de vulg. & pupill. subst. c. 33. p. 261. opusc. Hinc gravis illa inter JCtos orta est contentio, an etiam filio post pubertatem substitutio facta valeat directo? Affirmant hoc DVARENVS lib. II. disput. annvers. cap. 7. HOTOMANNVS lib. I. amic. cap. 17. & seqq. MATTHÆVS lib. II. de via jur. cap. 17. n. 5. 6. 7. seq. & BOCERVS lib. I. de jur. bell. cap. 24. Contra, quod jure fideicommissi sustineatur, defendunt CVJAC. lib. XI. obs. cap. 17. & lib. XII. obs. cap. 27. GOVEANVS ad l. 15. ff. de vulg. & pup. subst. CORAS. ad l. 8. C. de impub. subst.

laterale. Illud fit vel per testamen-
tum,

subst. apud HILLIGER *ad* DONELLVM *lib. VI. cap.* 28. *p.* 443. Nec sine ratione videtur esse negantium opinio; *subtilitas enim militaribus ingeniis deesse creditur*, ut inquit TACITVS *in vita Agricola cap. IX. p.* 709. *edit. Gronov.* unde benigna interpretatione iuvandi videntur, ob favorem militum, de quo ZOANNETTUS *de Imper. roman. n.* 12. & *seqq.* Affirmantium autem rationibus respondent VACONIUS A VACVNA *declarat. lib. IV. cap.* 64. *n.* 19. FORCATVLVS *in necyomant. dial.* 25. ALCIATVS *parerg. lib. X. c.* I. CVJAC. *lib. XI. obs. cap.* 25. cuius linguam in Pontifices summos nimium maledicam debito elogio, (ut formula S. AVGVSTINI *lib. de comm. vit. Clericor. & SALVIANI de gubernat. Dei, utar*) excipit JACOB. CONSTANTINÆVS *subtil. enodat. cap. III.* errorum maculam penitus a canon. Raynutius *X. de testament. removens.* Putat quidem JANVS A COSTA *ad §. 8. Inst. de pupill. substit.* hodie hoc indistincte obtinere, ob *cit. can. Raynutius*: at fori consuetudine contrarium invaluit. Conferri meretur GONZALEZ *tom. III. ad decretal. p.* 505. *sqq.* qui omnes difficillimi hujus canonis nodos solerter & erudite solvit.

Quartum, quod proposuimus exemplum, est testamentum patris naturalis, liberis emancipatis factum. Sciendum autem, pupillarem substitutionem ex imperio paterno oriri, cujus tanta vis erat, ut filios *ne- cere*, LL. *Xvirales* apud GOTHOFREDVM, MAR-

tum, vel ab intestato, hoc per patrum;

CILIVM & RAEVARDVM *ad LL. XII. tabb. exponere*, apud HELIODORVM *in ethiopic. lib. IV. p. 117. 118.* HERODOTVM *lib. I. cap. 107.* STRABONEM *lib. V. geograph.* LACTANTIUM *div. inst. lib. VI. cap. 20.* SAMVEL. PETITVM *ad LL. attic. p. 144.* COELIVM RHODIGINVM *lib. XIX. lect. antiq. cap. X. oppignorare*, GROTI. *de J. B. & P. lib. II. c. V. §. 5. & venundare*, apud JOSEPH. DE RETES *in opusc. de imaginar. vendit.* CONTIVM *lib. I. lect. 4. & l. 2. c. 2. & CARANZAM de partu cap. IV. n. 17. seq. potuerint.* Ex absoluta hac potestate parentibus jus natum est intra pubertatis annos decedentibus filiis substituere. Conf. THOMAS PAPILLONIVS *de substit. pupillar. cap. 2.* Necessum ergo fuit, patri naturali & filiis emancipatis benigna fideicommissi interpretatione subvenire, cum tali potestate destituerentur; hoc quidem deducunt *arg. l. 29. ff. qui testam. fac. & l. 76. ff. ad SCt. trebell.* ego autem litem meam non facio.

Quinta & ultima species fideicommissi taciti apud Dd. occurrit testamentum clausula codicillari munitum, injuste exheredato aut praeterito filio. Pro sua sententia citant *l. 29. ff. qui testam. fac. poss. & l. 24. ff. de fideicomm. libertat.* Sed in his textibus nihil de praeteritione & injusta exheredatione dicitur, nec credendum, veteres tantopere ultimarum voluntatum amore retentos fuisse, ut eis affectum, quo ipsa natura parentes & liberos conglutinat, postposuerint. Vid. PLVTARCH. *lib. pecul. de amore prolium*

ctum; ideoque ἀνόμαλον vocatur. De-
 H nique

lium. Imo hanc non fuisse JCtorum mentem, e-
 vincunt *l. 13. ff. de inoffic. testam.* & *l. 36. ff. de le-
 gat. 3.* prior e libro 3. *respons.* altera ex lib. XIX.
digestor. Scævola, & ambæ satis significant, tale
 fideicommissum a demente vel furioso factum cre-
 di, & sic nullum habere valorem. Hinc Asinius
 apud QUINTILIAN. *furiosum, non inofficiosum
 testamentum reprehendimus.* Apponamus ultima
 verba *d. l. 13* probat autem nec fideicommissa ab inte-
 stato data deberi, quasi a demente; cum quibus coin-
 cidit *d. l. 36.* nec aliter iudicium centumvirale, aut
 Prætor iudicavit. Conf. RÆVARDVS *protribunal.*
cap. VII. & XX. tom. II. p. 933. 934. Putant quidem,
 se distinctione dementiæ in veram & præsumtam
 elabi posse, & hanc non illam testatoris a clausula
 codicillari sanari. Verum liberos scienter prætere-
 untes, aut injuste exheredantes, contra ea, quæ na-
 tura inspirat, agunt. IUVENALIS *Sat. XV. 161.*

*Indica Tigris agit rabida cum Tigride pacem
 parcit*

Cognatis maculis similis fera.

BODINVS *de republ. cap. V. p. 33. & 34.* præprimis
 homo communiter amat foetum. Eleganter quo-
 que hac de re PHILO *de LL. special. p. 760. 761. edit.*
paris. & PORPHYRIUS *de non esu animal. lib. III. p. 315.*
 Hoc ipso itaque mente aut ratione privati esse in-
 dubiis creduntur indiciis. RÆVARD. *conject. lib. III.*
cap. XVIII. Illa vero, quæ a mentis usu non depen-
 dent, nulla sunt, etsi cessante furore vel dementia,
 qua

niue in vulgare & pupillare, ut aliis jam superfedeamus diuisionibus.

§.IX.

qua illo tempore laborabant, alios actus perficere queant. Imo si ipsis demus, distinctionem aliquid habere ex vero: applicatio tamen ejus hac in causa nulla erit; siquidem nemo facile ibit inficias, si qua unquam dementia præsumta dicenda est, profecto eam esse, qua prodigus correptus creditur; & tamen prodigi æque ac furiosi testamentum, ex juris rom. placito, nullum est. *l. 18. pr. ff. qui testam. fac. poss.* Hujus legis §. 1. explicant TVRNEBVS *lib. 26. aduersar. cap. 14.* BEROALDVS *in not. ad SVETON. in Augusto cap. 56.* BALDVINVS *ad LL. XII. tabb. cap. 13.* RÆVARDVS *ibidem cap. X.* Interea vix ambigendum erit, aduersam sententiam placere agminibus in foro stipendia merentium, quippe quibus solemne est, clausulæ codicillaris viribus ludere & illudere. Eandem forte vim, fideicommissum producendi, clausulæ huic attributuri sunt, si pater in testamento filii, codicillari munimine tutiori, præteritus aut iniuste exheredatus sit, *ita ut ab intestato rogatus esse censeatur, detracta sua portione, heredibus in testamento scriptis reliquam hereditatem restituere.* Denique classi fideicommissorum interpretativorum addunt, si testamentum clausula codicillari munitum, postumi natiuitate ruptum, ita sustinetur, ut fingatur postumus rogatus in testamento instituto, detracta legitima, hereditatem restituere. Referunt quoque huc, si testamentum, clausula illa vallatum, destituatur, aut si dies cer-

§. IX.

Tacitum five implicitum fideicommissum constit. est, quod relictum esse ex conjecturis colligitur, unde certo etiam respectu interpretativum dici potest. (*)

H 2

§. X.

certus, tanquam terminus ad quem, heredis institutioni adjiciatur.

- (*) Exemplum hujus fideicommissi habes apud MARCIAN. *lib. IV. instit. in l. 29. ff. ad SCt. Trebell.* ubi talis habetur casus: Si quis priore facto testamento in posterioribus tabulis heredem ex rebus certis instituerit, prius sublatum haberi, & ex constitutione Severi & Antonini posterius valere, ita ut in posteriori institutus rogatus credatur, hereditatem restituere in primo testamento heredi instituto, contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta trebellianica. Illustrandæ huic legi inservit *l. 29. ff. de testam. milit.* Dolendum sane, PAVLI *de fideicommiss. tacit.* librum singularem adeo interiisse, ut præter *leg. 49. ff. de jur. fisc. & l. 229. ff. de V. S.* nec vola nec vestigium in corpore legum occurrat. Aliud exemplum fideicommissi taciti constitutivi se exerit in *l. 17. ff. ad SCt. Trebell.* ubi hæc traduntur: *Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat? Et Senatus censuit, rogari quem, ut aliquem heredem faciat, non posse: Verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat:*

tuat: id est, quicquid ex hereditate consecutus est, ut ei restitueret. Lex hæc ex VLPIANI lib. II. de fideicommiss. est. Quæ hujus libri reliqua loca ab ANT. AVGVSTINO & LABITTO in indicib. leg. memorata, sparsim in ff. leguntur, huic doctrinæ nullam affundunt lucem. Egregie tamen fideicommissorum tacitorum numerum auget l. 69. ff. de legat. 2. ubi sequentia leguntur: *Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis: fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est.* Conf. JAC. GALLVS in apicib. leg. pag. 258. De quonam rescripto hic sermo sit, mihi non constat. Forte loquitur JCTus Papinianus de rescripto Marci aut Severi Imperatoris; nam in eodem lib. 19. quæstion. qui locus in l. 67. §. 10. ff. de legat. 2. conspicitur, ita inquit: *Item Marcus Imperator rescripsit verba, quibus testator ita caverat: Non dubitare se, quodcunque uxor ejus cepisset liberis suis reddituram, pro fideicommissio accipienda. Quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumerat: Et ideo Princeps providentissimus & juris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum SERMONEM PRO FIDEICOMMISSO rescripsit ACCIPIENDVM.* Aliud fideicommissi constitutivi exemplum est in leg. 22. ff. de liberat. leg. ex eod. lib. XIX. quæst. PAPINIANI, ubi sequentia habentur: *Quod mihi Sempronius debet, peti nolo: Non tantum exceptionem habere debitorem, sed & fideicommissum, ut liberetur, petere posse responsum est.* Huic addendus PAVLVVS lib. 2. decretor. in leg. 74. ff. ad SCt. Trebell. hæc referens: *Qui filium & filiam habebat, testamentum fecit, et ita de filia sua caverat:*

§. X.

Dispescitur ulterius fideicommissum in purum et conditio-
natum. Illud vocant Dd. cui
nec dies nec conditio (*) adscri-
pta.

H 3

ἰτέλλομαι σοὶ μὴ διαθίθεσθαι πρὶν τέκνα σοὶ γενέσθαι, id est, mando tibi non testari, donec liberi tibi sint: pronun-
ciavit Imperator, fideicommissum ex hac scriptura de-
beri, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, pe-
tisset, ut fratrem suum heredem faceret: Sic enim ac-
cipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam
rogasset eam restituere; nec non PAPINIANVS lib.
9. respons. in l. 3. ff. de probat.

(*) Exemplum fideicommissi puri obvia sunt; hinc unum
aut alterum tantum adduxisse sufficiat. Ita in l. 75.
§. 1. ff. ad SCt. treb. Scævola feminæ cujusdam fi-
deicommissum purum ita proponit: Rogo te, ut id,
quod ad te ex bonis meis pervenerit, facias pervenire
ad filium tuum. Idem in l. 78. §. 2. ff. eod. Tu frater,
inquit, secundum fidem & pietatem tuam, quicquid ad
te pervenerit ex hereditate mea, Stichus filio tuo restitues,
quod ut facias, fidei tuæ committo. In leg. 118. ff. de le-
gat. I. volo hereditatem meam Titii esse, scio heredita-
tem meam restitutum te Titio. Memoratur in l. 19.
ff. ad SCt. treb. hæc fideicommissi formula: Rogo des
filio tuo, faciasque ad eum pervenire; te rogo Luci Ti-
ti, hereditatem meam cum Allio partiari. L. 27. §. 16. eod.
Heres ex alle instituta erat consobrina mea, ut partem
dimidiant hereditatis statim Publio Mævio restitueret.

pta. Hoc (**) quod unum aut alterum

(**) Fideicommissa conditionalia variis subjacent divisionibus, unde varia etiam exempla adducere necessum erit. Est itaque conditio casualis, veluti *si sine liberis decederet*, l. 22. §. 4. l. 25. §. 2. l. 33. & l. 57. §. 1. ad Sct. trebell. PAVLVS lib. IV. sentent. rogati invicem, sibi, si sine liberis decesserint, hereditatem restituere. Conditio potestativa locum habet, si Titius capitolium ascenderit. L. 1. ff. de legat. 1. Erotem servum meum, qui & Psyllus vocatur, liberum esse volo, si uxori mee placuerit. Leg. 14. ff. de fideicom. libert. plane in potestatem alterius posita est conditio. Difficillimam illam quæstionem, an fideicommissum in heredis arbitrium conferri possit, prætermitto, licet textus expressus in l. 11. §. 7. ff. de legat. 111. inutile esse pronunciet; unde locum habere non potest, quod testator, fideicommissum heredis relinquens arbitrio, fideicommissarium jus antiquum veramque eorum naturam revocet, & non tam legi contrarium agat, quin potius privilegio pro se introducto non utatur. Adeant, quibus cordi est nodum hunc gordium non armis, sed arte solve, VINNIVM lib. II. select. cap. 25. SARMIENT. lib. II. select. cap. 6. & II. CORASIVM lib. V. miscell. cap. 13. ACOSTAM lib. I. select. cap. 21. ALCIATVM ad l. 57. Sct. trebell. CVJACIVM lib. 2. observ. c. 2. NICOLAVM DE PASSERIBVS in conciliat. cunct. leg. c. 8. quæst. I. PANCIROLLVM variar. lect. lib. 2. c. 5. ROBERTVM sentent. juris lib. 2. c. 10. HOTTOMANN. lib. I. respons. amicabil. c. 5. lib. 12. observ. c. 4. Conditio mixta est, si Titia legatum vel fidei-

rum ex illis habet, et libertatis, Ro-
ma-

fideicommissum relinquitur, *si arbitratus Seji nupsisset*, quam proponit POMPONIUS lib. VIII. ad Sabinum, leg. 54. ff. de legat. I. Aliæ adhuc sunt conditiones fideicommissis subinde adscriptæ, quæ tamen nullum fortiuntur effectum. Talis est *turpis*, l. 14. & 16. ff. de condit. instit. Item quæ mulieres aut pueros gladiatorio more concurrere jubebat, referente DAMASCENO. *Impossibilis*, l. 50. §. 1. ff. de hered. instit. Hæ pro non adiectis habentur, L. 1. 9. 14. & 15. de condit. instit. LEIBNIZ differt. de condit. n. 99. Sed & ineptas voluntates defunctorum non valere, PAPINIANUS lib. III. responsor. scribit, notante MARCIANO in. l. 113. ff. de legat. I. unde deduces, ineptas quoque conditiones enervari, quod Lycurgum etiam constituisse observat ALEXAND. AB ALEX. genial. dier. lib. 3. cap. 2. qualia recenset HORAT. lib. I. serm. sat. V. vers. 84. ubi de anu, quæ nuda & oleo inuncta a nudo herede efferri voluit. OVID. lib. V. fastor. v. 953.

Sæpe tamen patriæ dulci tanguntur amore

Atque aliquis moriens hoc breve mandat opus.

Mittite me in Tiberim tiberinis vectus in undis

Littus ad inachium pulvis inanis eam.

S. GREGOR. NAZIANZ de vanitate vit. S. CHRYSOSTOMUS homil. 17. in epist. ad Roman. exagitat talia mortuorum mandata, NIGRINUS apud LUCIANVM; causas vero insolitæ conditionis ejusmodi indagant AMAJA lib. I. obs. cap. 6. JOSEPHUS DE SALAS ad Petronium verb. descendit igitur p. 279. CLARVS SYLVIVS lib. sing. ad LL. regias GVTHE-
NVS

manorum ætate celeberrimum mutari

RVS lib. VII. de jur. man. cap. 23. CERDA ad Virgil. *æneid. lib. I. v. 363.* FREHER. in *parerg. lib. I. cap. 26.* Liceat exemplis hisce quæstiones aliquot inter ICtos agitas subungere. Sic l. 17. §. 4. VLPIANVS proponit casum, si quis rogatus fuerit, ut si sine liberis decesserit, restituat hereditatem, an naturales etiam liberi efficiant, ut conditio exspiret? Et videtur affirmative respondendum esse, ob PAPINIANI verba, *etiam naturalem filium efficere, ut deficiat conditio.* CVRT. *conjectural. lib. 3. c. 8.* Consonant l. 48. §. 12. ff. de *legat. 2. l. 77. §. volo, eod. et l. fin. ff. de jur. deliberand.* Docti quoque ICti huic Papiniani sententiæ calculum adjiciunt: attamen cum liberorum verbo soli veniant legitimi in l. *filium*, 6. ff. de *his, qui sui vel alien.* Praeterea l. *generaliter* 6. vers. *cum autem*, C. de *instit. & substit.* præsentem conditionem ad legitimos tantum restringat filios, nec non proprie & vere verba conditionum sint accipienda, videtur ad PAPINIANI dubitationem respondendum esse, quod filii naturales non excludant fideicommissum. Huic responso non adversatur VLPIANVS, subscribit CORAS. lib. I. *miscellan. cap. 7.* DVAREN. de *jur. deliber. cap. 2. f. 425.* FLORES de MENA lib. I. *var. cap. 16.* aliique. Ut et meam conjecturam proponam, quam hætenus a nullo allatam puto, Papinianum respexisse credo, quid hic respondendum fuerit ad clausulam, *si sine liberis decesserit*, ne orbitatis causa ad fiscum bona deferrentur, & hinc, fisci arcendi favore, sic respondisse: d. l. 88. & 77. autem, tanquam peculiari & ex-

tati mores e censu precariæ institutionis (****) ejecisse videntur.

I

§.XI.

& expressa testatorum voluntate munitas, huc trahi non posse, existimo. Palam fit ex hac conclusione, liberorum nomine non comprehendi *adoptivos*, l. 51. §. 1. ff. de *legat.* 2. MARC. VETRANIVS MAVRVS de *jure liberor. cap.* 44. Quorsum alludere videtur EVRIPIDES quando ait: Θετῶν γὰρ παίδων πῦρ κείνους τὰ φόντα γὰρ κείσσω νομίζειν τῶν δονεσάντων χρεῶν; *nec spurios Conf. GABR. PALÆOTVS & HOTOMANNVS de spuris; multo minus monstra; quoniam in monstro rectus naturæ ordo vertitur*, ut inquit CORN. FRONTO. Hodie, abrogato concubinato, quæstio illa de naturalibus inutilis est. Ceterum naturalium conditionem passim explicant BERMONDVS & FRANC. RAMOS de MANZANO in *schediasmate de concubinis*. In eadem l. 17. §. 7. alia adhuc difficultas occurrit, ubi conditio, *si sine liberis decesserit*, non defecisse videtur, si filius una cum patre perierit. Opponitur enim huic legi TRIPHONIVS in *leg.* 9. ff. de *reb. dub.* ubi in simili casu Hadrianus Imperator credidit patrem prius mortuum. CHARONDAS *verisim. lib. l. c.* 21. putat, in bello audacem, juvenem scilicet, prius extinctum credi: In naufragio vero prudentem minusque hinc circumspectum; senem nempe, cui sententiæ lubens subscribo. Non minoris momenti existit conditio in l. 74. §. 1. de *SCto trebell.* ex recitat. PAULI Fabius Antoninus Juniam Valerianam instituit heredem, ea lege, ut filio Antonino im-

puberi

puberi reliquam hereditatem restitueret, cum ad annum XX. ætatis pervenisset: Si ante decederet, Honoratæ filiæ suæ restitui præcepit. Mater intestata obiit, filius quoque ingressus vigesimum annum e vita migravit, relicta Favia Valeriana filia & herede sua, a qua amita Honorata fideicommissum petebat, & apud Præfides obtinuerat. Tutores Valerianæ Divi Hadriani constitutionem recitabant, in qua, quantum ad munera municipalia, jusserrat, eum annum, quem quis ingressus esset, pro impleto numerari: Imperator autem æquitate rei & verbis testamenti motus, contra petitricem pronunciavit. E difficillimis hæc constitutio est, nec conciliari ullo negotio potest cum l. 48. ff. de condit. & demonstr. in qua Antoninus verba: *si pervenerit*, alio plane sensu accipit ad appellationem ex Germania factam ipse Imperator difficultatem agnoscens, normam præscripsisse videtur, æquitate scil. petitionis, & verba testatoris. Ceterum nec Justinianus diffitetur Cæsarum rescripta de eadem re subin variasse, in l. 4. C. de V. S. circa medium. Vid. MERILLVM observat. lib. II. c. XXI. part. I. p. 60. 61. Si meam conjecturam addere licet, particula *ad* in utraque lege adjecta satis ostendit conditionem impletam fuisse, dummodo annum vigesimum attigerit. Alia esset ratio, si, *cum pubes esset*, fideicommitteretur; primum enim post pubertatem deberetur, quia dies pubertatis aliquam habet demonstrationem, ut inquit JAVOLENVS in l. 54. ff. de condit. & demonstr. Varia olim erat ratio pubertatem cognoscendi. Antiquissimis temporibus ignominiosa obtinuit corporis denudatio. Id testatur de Hebræis MAIMONIDES

NIDES in Hilchut Ischut *cap. 2.* R. JOSEPH BAR ASCHER
ben Jechiel Germanus in Arba turim Hilch. Jub.
 & brevius R. JOSEPH KARO in *Beth Joseph &*
Schülchan Aruch. Vide & SANHEDRIN *cap. VIII.*
in pr. Græcis etiam hæc non fuit incognita, ut con-
 stat ex HIPPOCRATE *lib. de natur. puer.* & PLATONE
dialog. 2. de legib. ubi habetur: *Judex nudos omnino*
mares, nudas quoque ad pubem usque feminas conspi-
ciens judicet. Romanis in usu fuisse inspectionem,
 clare probat lex *si minor, 35. ff. de minorib. l. si alte-*
rius, C. si min. sc. major. & congestis veterum locis
 PETR. ÆRODIVS *ad declamat. Quintiliani 279.*
 PETR. FABER *lib. III. semestr. cap. 6.* LÆL. BISCIO-
 LA *lib. I. horar. subcesiv. cap. 20.* PETIT. *ad jus attic.*
lib. II. tit. 4. PINELLVS *lib. II. select. cap. 4.* BYNCKERS-
 HOECK *observ. juris romani lib. III. c. 24.* SCHVLTING
in jurisprudent. antejustin. p. 604. Unde frustra hanc
 ignominiam a Romanis avertere conantur RÆVAR-
 DVS *lib. IV. varior. cap. 10.* MAGIVS *lib. I. miscellan.*
cap. 2. OISELIVS *ad Cajum tit. IV. p. 34.* Annorum
 autem numerum jam ante Justinianum, aliter ac hic
 statuit §. 1. *Inst. quib. mod. tut. fin. & l. ult. C. quand.*
test. vel cur. in masculis XIV. in fœminis XII. pu-
 bertati dictum fuisse testantur MACROBIVS *lib. VII.*
Saturn. cap. 7. TERTVLLIAN. *de velam. virg. & de*
anim. QUEVEDVS *in defens. doctrin. stoic. OISEL. l. c.*
 MART. CAPELLA *lib. VII. de nupt. philolog.* PHILO
de mundi opific. DIO CASSIVS *lib. LIV.* JAMBlichVS
ap. Stobæum in phys.

(¹⁴⁴) Ultimam hanc divisionem CHIFLETIO debeo *lib. II.*
c. VII. Videtur quoque in jure nostro esse fundata.
 VLPIANVS certe *lib. V. fideicom. in l. 24. ff. de fideic.*
libert. distinguit hisce verbis: *Generaliter dicemus, eos*
 posse

posse fideicommissariam libertatem adscribere, QVI FIDEICOMMISSVM PECVNIARIVM POSSVNT RELINQVERE. Varia autem mentio est fideicommissi pecuniarii in jure nostro: *ita pecunia accepta restituere, L. 81. ff. ad SCt. trebell. si heres, cujus fideicommissum est, ut accepta certa pecunia hereditatem restituat, ut ait FLORENTINVS l. 90. ff. eod.* Aliud proponit in *l. 93. ff. ad leg. falcid.* *Acceptis a Mevio centum, hereditatem Mevio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est.* Ac plane interdum testator rogabat restituere bona sua, vel familiam, vel pecuniam, vel universam rem suam, vel omnia sua, *l. 41. §. ult. legg. sqq. & l. 30. ff. ad SCt. trebell.* Confer. *BRISSENIUS de formul. lib. VII. cap. XLIV. & XLVI.* Grata profecto nec omnino inutilis digressio foret, si liceret in antiquam Romanorum suppellectilem nummariam excurrere, simulque ostendere, quam diversa de origine nummorum sentiant auctores. Ita Hebræis alii Phoenicibus *SALMASIVS de usuris p. 423.* alii iterum Itono, Deucalionis filio, vel Erichtonio Atheniensi, Phidonique Argivo, quidam Iano tribuunt. Vid. *VLRIC. a LINGEN de orig. & inventorib. pecun.* Principio nummos ἀσκήματα tantum fuisse, *OTTO SPERLINGIVS de num. non cuf.* Numæ temporibus asses lignei, ferrei & figulini in usu fuerunt. *EVSEB. in chron. CEDRENVS in Numa.* Inde quomodo apud Romanos librales asses & eorum semisses, trientes, quadrantes cum navis pecudum Deorumque figuris invaluerint *SPANHEIMIVS de præstant. & usu numismat. diss. I. p. 20. BVDDÆVS de asse* evincunt. Tandem aliæ sensim species pecuniæ, ut Sestertia, Sestertii, denarii bigati & quadrigati,

gati, quinarium five victoriatum fuerunt introductæ, de quibus LEONARD. PORT: *de sestert. pec. pond. & mensur. agit.* Sed nimium hoc esset vagari extra oleas, & a scopo aberrare, si latius hac de re differere velimus; sufficiat ergo nobis ad intelligendam pecuniam, de qua in præsentia est sermo, adhuc nominare GRONOVIVM *de pecunia vetere.* B. BRANCHV *observ. jurid. cap. XI. XII. XIII. XIV.* ubi plane erudita reperiuntur.

(^{III}) Libertatis fideicommissariæ specimina exhibet nobis titulus integer in *Digest. de fideicommiss. libertatibus* e.g. PAPINIANVS l. i. *quest. in l. 21.* ait: *rogo, ne Stichus alterius servitutem experiatur.* JULIANVS L. 42. *Digest. l. 47. §. 4.* *Ancillas meas Mariam & Sejam liberas esse volo.* MARCELLVS L. *responsorum sing. Stichum & Pamphilum servos meos & Erotem & Diphilum & fidei heredum committo, ut cum ad pubertatem liberi mei pervenerint, manumittant.* Summus autem libertatis favor apud Romanos varias de fideicommissariis libertatibus extorsit sanctiones & SCta; quamvis principio inconsulta manumittentium liberalitas legem AELIAM SENTIAM. Anno V. C. DCCCLVI. AELIO Catulo & C. SENTIO Saturnio Coss. Ant. Aug. *de lege p. 39.* Ut DIO CASSIVS l. 55. p. 57. aut Anno DCCCLV. ut vult GRAVINA de LL. & SCtis p. 524. provocavit, cujus caput secundum & tertium manumittentium cöercebat licentiam. Cf. PANCIROLLVS L. II. *thes. var. lect. c. 271.* ANGELVS POLITIANVS *miscell. c. 89. in lampade* GRVTERI T. I. p. 102. PETRVS PITHÆVS *in adversariis subcisivis. L. 2. c. 9.* Directas libertates tantum irritabat lex AELIA SENTIA; nam fidei-

commissarias moderabatur jus ante receptum, quo
 vetatur fideicommissum præstari, nisi deducto ære
 alieno. Conf. *CVJACIVS ad tit. 2. Cod. L. VII. Furia*
Caninia lex quidem lata *Furio Camillo & C. Caninio*
Gallo Coss. V. C. DCCCLII. MARCELLVS DONATVS
ad FLAVIVM VOPISCVM in Tacito p. 1050. 1051.
IN LAMPADE GRVTERI T. VI. fideicommissari-
 as libertates adtecit, ut suam sententiam corrigit
CVJACIVS ad tit. Cod. de fideic. libert. monente
GRAVINA de LL. p. 522. Conf. *EPHRAIM GER-*
ARD ad leg. Furiam Caniniam. OLANVS Lib. II. pa-
ralypom. cap. 10. attamen variis SCtis nova libertati
 huic privilegia fuere indulta. Junianum AEmilio
 Junio & Julio Severo Coss. conditum, teste *Vlpin. L.*
5. fideicom. in L. 28. de fid. lib. 1. Prætores in causa
 fideicommissariæ libertatis pronunciare jubet, cum-
 que ita pronunciaverit, idem Juris erit, quod esset,
 si ita, ut ex fideicommissio debuisset, manumissus
 esset, quod confirmat *RVBRIANVM Rubrio Gallo &*
Cælio Hipone V. C. DCCCLIV. sancitum, ut idem
VLP. L. 1. in l. 26. affirmat: Dasumiano, quod *ANT.*
AVGVST. de nom. propr. π suspicatur emanasse post
 Subrianum, subvenitur his, qui justa ex causa ab-
 sunt, ne libertas impediatur apud *MÆCIANVM l.*
16. fideicom. l. 36. b. t. VITRASIANVM, quod ad tem-
 pora cujusdam Vitrasii Pollionis, qui Marco Aure-
 lio Antonino imperante, ut testis est *HOTOMANNVS*
de SCtis. bis Consul fuit, ut partes servorum, quibus
 per fideicommissum libertas data est, justo æstimen-
 tur pretio, jubet. Denique *ARTICVLEJANVM,*
 quod anno *V. C. DCCCLIII.* adscribit *GRAVINA*
de L. L. & SCtis, statuit, ut in provinciis præsides
 pro-

§. XI.

Fideicommissi divisio in universa-
le particulare & singulare ab obje-
cto desumpta est (*) non solum enim
omnis

provinciae cognoscant, licet heres non sit ejus pro-
vinciae, quod in L. 51. h. t. ex MARCIAN. L. IX. *In-*
stitutionum conservatum est.

(*) In *Instit.* fideicommissaria hereditas tam universale
quam particulare comprehendit fideicommissum;
de singulari autem titulo separato agitur. Hoc sin-
gulare nempe est cui legatum a Justiniano L. 2. O. *de*
commun. legat. æquiparatum dicitur. Conf. MARCVS
AVRELIVS GALVANVS *de usufructu cap.* 14. FER-
RANDVS ADDVENSIS *explicat. L. 1. p.* 542. T. II.
thes. OTTON. DOMINICVS AVLISIVS *de legat. &*
fideicommiss. Quæst. VIII. p. 332. *seqq. opp.* Cæterum
hæc exæquatio tantum de effectu intelligendi, natura
enim adhuc diversa manet C. V. MARTVCCIVS *ex-*
plicat. L. II. c. 57. Hujus differentiae aliquam ducunt
speciem, quod fideicommissa plerumque precariis
legata directis relinquuntur verbis, unde in GLOS-
SARIO NOMICO Φειδικόμισσον λεγαίςον ἔστιν ὁ διαδέμενος
λέγει τῷ κληρονόμῳ αὐτῆς παρακὰ τῷ σίδος τῷ δέινι νομίσματα
τέσσα. Cont. OISEL ad GAJI *Comm. citatum.* Olim
& in eo legatum a fideicommissio differebat, quod a
legatario legatum relinqui non potuit, quod in fidei-
commissio aliter se habuit VLPIANVS *in fragm. tit.*
24. §. 10. pr. Instit. de singul. reb. per fideic. relict. IANVS
a CO-

omnis hereditas aut pars ejus, sed
& singulæ res per fideicommissum re-
linqui possunt G A J V S *Lib. II. Instit.*
tit. VII. p. 125. edit. SCHVLTING L.
16. ad SCtum Trebell.

§. XII.

Sequitur jam partitio fideicom-
missi in unilaterale & bilaterale, hoc
sine duobus vel pluribus paciscen-
tibus constitui nequit (*) illud non
nisi unam requirit personam, quæ
alicujus fidei aliquid alteri restitu-
endum

a COSTA & MARCILIUS *ad cit. pr. Instit. SCHVL-*
TING. ad Gajum p. 126.

(*) Fatendum est fideicommissa pactitia aliquid ex im-
proprietate trahere l. 31. ff. *de mortis causa donat. l.*
40. de hered. Instit. l. 20. de V. S. Junge ad l. 40. JOH.
STECKIVM in vindicat. legum anticriticis c. 15. & 16.
qui vocem cohæredem expungit. GEORG. CON-
RAD. CRVS. in diatribe de restitutione in pr. MAR-
QVARD. FREHER in parerg. L. I. Cap. 27. GODO-
FRED. animadv. jur. civ. cap. XV. OSI. AVRELIVS
de variant. Cujac. interpretat. dispunct. 38. HENRI-
CVM A SVERIN repet. jur. lect. c. 37.

endum five per testamentum five ab
intestato (***) committit; quanquam
K acci-

(***) Varia in jure nostro occurrunt loca, ubi de fideicommissis ab intestato agitur; quamvis sub initium etiam videantur fuisse rariora, quoniam non credendum, mortalium antiquiores, simplicitati additos, ubi directe donare potuerunt, de fideicommissorum cogitasse ambagibus. Meminit talis fideicommissi SCÆVOLA L. 18. digest. in c. 20. de leg. & fideic. III. ubi traditur, nec fideicommissa ab intestato data deberi ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset. Junge §. X. Instit. de fideic. hered. Apparet quoque hoc ex L. 6. §. 1. ad SCtum Trebell. in qua Ulpianus refert, apud Julianum tractatum esse, an fideicommissum ab intestato locum habeat. Addit hic JCtus L. IV. digest. sed est verius eoque jure utimur, ut hoc SCtum ad intestatos quoque pertineat. Idem asserit JCtus memoratus L. III. fideicomm. ut constat ex L. 1. §. 5. ad SCt. trebell. cum quo consentit PAULVS L. XI. quest. Vid. L. 18. ad L. falcidiam, & GOTHOFREDVM ad L. 4. C. de Codicillis. Elegantes de fideicommissio ab intestato quæstiones proponi possent, nisi ad alia properanti temporis obstaret angustia. Ita in L. III. de Jure Codicill. §. 1. Titius intestatus moriens, codicillos tamen condit, additque: quisquis mihi heres erit restituat Cajo centum, legitimi ejus heredes fideicommissum præstabunt, siue erunt nati, dicti legitimi heredes, siue non. Rationem VAVDIVS quest. L. I. C. IV. videtur innue-

accidere possit, ut etiam in hoc bilaterale aliquid adsit, quando nempe fideicommissum est reciprocum, quod non tam nova species, quam nova qualitas aut relatio est, quoniam fideicommissum proprie dictum semper ab unius dependeat voluntate.

§. XIII.

innuere, quia favor fideicommissorum maximus est. Suffragatur l. 1. §. 6. de leg. III. Sciendum est autem, eorum fideicommitti (committere quem) posse, ad quos aliquid perventurum est, morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur, & §. 8. Sed & ejus, qui nondum natus est (fideicommitti posse) si modo natus nobis successurus sit. add. §. 9. ejusdem legis, & vid. ALTESSERRA de fictionibus Juris Tract. III. C. III. p. 132. ZASIVS L. II. singularium intellectuum C. II. Formulam, qua fideicommissum per codicillum ab intestato relinquitur, vide in L. 34. de usu & usufr. legato. Ubi Scævola fideicommissum proponit codicillis insertum, in quo *respublica arelatensis* substituta fuit. In hoc autem divortium a legatis faciunt fideicommissa; legatorum enim proprium est, ut testamento vel codicillis testamento confirmatis relinquuntur, ut patet ex leg. 13. §. 1. & L. 14. de jure codicill. L. 126. de legat. I. L. 20. §. 1. de legat. præstand. L. 22. §. qui codicillos ad L. corn. de falsis; fideicommissa vero ab intestato per epistolam

§. XIII.

Ultima fideicommissorum divisio-
nem, praetermissis cæteris, posuimus,
qua distribuitur in vulgare & pupilla-
re illud, ut VACONII verbis utar: (*)

K 2

Est,

solam vel sine scriptura relinqui possunt, ut patet
ex *L. 22. C. de fideicomm. L. 2. C. de codicillis*, etiam
codicillis ab intestato factis *PAVLVS libr. IV. sen-
tent. tit. I. §. codicillos 10.* Cujus differentiae ratio-
nem exprimunt *VLPIANVS Tit. 20. §. 8. GAJVS L.
II. Instit. §. praeterea, ubi SCHVLTING & ALEAN-
DER, & exponunt. CVJACIUS L. 39. Pauli ad edi-
ctum in l. 53. de V. S. HOTOMANNVS Lib. VI. obs.
cap. V. PETRVS FABER L. II. semestrium cap. 24.*
Cæterum differentia hæc (quod legata nonnisi te-
stamento relicta valeant) cessat post legata fidei-
commissis exæquata *CVJACIUS ad tit. Cod. comm.
de legat. & fideicomm. & ex eo JANVS ACOSTA in
§. X. Instit. de fideicomm.* Dissentit *MARTVCCIUS
explicat. L. II. cap. 57.* cum quo stare videtur *FA-
BROTTVS in enarrat. ad paratitla CVJACII libr. VI.
tit. 43.* *EPISTOLIS* quoque fideicommissa relinqui
posse, docet. *PAPINIANVS l. 75. ff. de legatis 2.
l. 22. C. de fideicommiss. CVJACIUS l. 2. observat. c. 3.
GILBERTVS REGIVS lib. 2. évavtióφ. cap. 20.*

(*) *Declarationem Juris L. IV. cap. 64. n. II.* ubi latius sa-
ne hanc explanat partitionem. Differentia in eo
potissimum consistere dicitur, quod fideicommissum
vulga-

Est, per quod oblique succeditur testatori, sicuti directe per vulgarem substitutionem. Hoc ab eodem dicitur per quod oblique succeditur ipsi filio, quemadmodum directe per substitutionem pupillarem.

§. XIV.

De origine fideicommissorum assertum actum est in cap. I. Possunt autem illud relinquere, quibus fas est, libere de rebus suis disponere (*) item *qui testa-*

vulgare propria filii bona & legitimam non contineat, quod in fideicommissio pupillari aliter se habet; dein filio pubere facto fideicommissum pupillare evanescit.

- (*) Limitationes huius assertionis de furiosis, prodigis, mente captis & similibus *qui, quod ad bona ipsorum pertinet furiosum faciunt exitum*, ut eleganter loquitur *VLPIANVS lib. III. de O. P. in L. 12. de tut. vel cur dat.* utpote tritas & nulli non notas, præmitto. Validum etiam est fideicommissum, si relinquatur ab eo, qui ob statum testari non potest, modo voluntas ejus valida fuerit, cum fideicommissum constitueretur. *VLPIANVS in L. 1. §. 1. de leg. III. ubi ANT. AVG. emendat. lib. I. c. 2. & SARMIENTO Select. lib. VI. c. 13. p. 367.*

*testamenta facere possunt, licet non fecerint, nam intestatus quis moriturus, fideicommissum relinquere potest. (**)*

K 3

§.XV.

(**) Sunt verba *VLPIANI* lib. XXV. §. 4. idem lib. ejus XII. de fideicomm. habetur. Adde *BARTHOLOMÆVS CHESIVS* interpret. *Jur. c. XVIII.* §. 4. n. 9. Solent tamen *JCti*, circa facultatem relinquendi fideicommissa, quædam movere dubia. Muto licentiam hanc adimere videtur *L. 2. de leg. I. L. I. pr. de leg. III.* ubi innuitur, illos tantum fideicommittere posse, quibus testandi jus est, quale muto abnegat *L. 6. §. 1. & 7. qui testam. fac. poss.* Verum postquam *Iustinianus* in *l. discretis C. qui testamenta fac. poss.* mutis testandi jus indulgit, in propatulo est, mutis quoque fideicommittendi competere facultatem. Elegantissime sane questionem prosecutus est *BARTHOLOMÆVS CHESIVS* interpret. *Jur. c. XVIII. ubi l. 21. de leg. III. Vlpiani* contra criticorum injurias vindicat & *FORNERIVS* select. lib. I. c. 3. Cum & ignorantes adstringi possint fideicommissio, etiam furdo & muto relinqui posse, censendum est, ut ex *L. 77. §. 2. de leg. II. ad PAVLVM* *L. I. tit. I. probat EVJAC.* Singulare est, quod ab uxore, cui dos est prælegata, fideicommissum relinqui non possit. Hujus ea potissimum ratio esse videtur, quia, quoad effectum, nihil fere utilitatis acquiritur prælegato dotis, & cum hoc legato non tam datur, quam redditur, unde etiam falcidiæ detractio hic locum non habet *Conf. SCHVLTING* p. 389. Pertinent huc, quæ sunt

sunt in *CASI Instit. lib. II. Tit. VIII. §. 5. ne legatarius cui per testamentum parum dimissum est, plus alii per fideicommissum, quam id quod consequitur, reddere jubeatur.* Quæres; an ab exheredato quoque fideicommissum relinqui possit? Pupillariter certe ei substitui potest, docente *VLPIANO in L. 10. §. 4. de vulg. & pupill. BACHOVIVS in disputat. miscell. c. 20.* qui effectui patriæ potestatis hoc adscribit. Similis unde ratio etiam obliquæ substitutioni succollari videtur: Verum quia in fideicommissio nuda sui heredis existentia non sufficit, veluti ad confirmandas pupillares tabulas, nec quis onerari potest, qui honoratus non est; præterea exheredatus cum adire impediatur, nec transmittere potest hereditatem fideicommissario. Dicendum arbitror, exheredato fideicommitti non posse, quoniam ab ipso, quem mortuo jura nostra comparant, fideicommitendi facultas exulat. Confr. *PETRVS LORIOTTVS in axiomat. de exheredat.* Porro ab omnibus removeretur gradibus teste *VLPIANO in L. 3. §. 3. de injusto rupto*; quamvis alias graduum interruptio fideicommissum non vitiet, ut doctè probat *DOMINICVS AVLISIVS de vulg. & pupill. substit. quest. 12. p. 246. opp.* Hinc inferes: nec deportatus, nec igne & aqua interdict. fideicommissum relinquere possunt, quia nec testamenti faciendi jus habent, cum sint ἀπόλιδες id est extorres; animadvertente *VLPIANO in l. 1. §. 2. de leg. III.* *EVRIPIDES* inquit: sed sede patria profugus, extorris, vagus: latius hæc invenies apud *ANTONIUM de exilio ZOANETTVM restitut. c. 32. ALEX AB ALEX Lib. III. gen. dier. c. V. CÆLIVM RHODIGINVM lect. antiq. L. VII. c. ult. & lib. 25. c.*

20. Priusquam hac in materia pedem figo, enucleanda erit quæstio, quam *Imperator in L. 24. C. de legat.* proponit; an fideicommissa relinqui possint ab eo, qui pupillo exheredato substitutus est? Duplicem proponit speciem *Imperator*. Prima est: Titius filio exheredato pupillariter substitutus, adit hereditatem impuberis, ipso extincto. Secunda: an Titius legata & fideicommissa a te relicta præstare teneatur. In secunda specie disceptatur, an, si pater exheredato filio legasset, vel fideicommissum testamento reliquisset a substituto ejus, utiliter legaret? Vtramque quæstionem contraria decisione tum a *Proculianis*, tum a *Sabinianis* definitam examinat *GODOFR. MASKOVIVS de vestigiis sectarum in jure civili cap. IX. §. XXI. n. 4. p. 230. 231.* utramque negat *JUSTINIANVS cum iurgia ei supervacanea esse viderentur*. Colophonem huic tractationi imponat *VLPIANVS in L. 1. §. 9. de legat. III.* asserens: *illud certe indubitate dicitur, si quis intestatus, decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, eum fideicommissum non debere; & ita Imperator noster rescripsit*. E difficillimis semper hic *Sphus juris nostri arbitris* visus est, cum eadem lege §. 3. contrarium innuere videatur verbis: *eorum fideicommitti quem posse, ad quos aliquid per-venturum est morte ejus* (testatoris) ubi *BYNCKERSHOECK obs. lib. IV. c. 25.* mutato pronomine *quem* legit *rem*. *BEST de ratione emendandi leges cap. 25.* substituit *quid*. *JOH. VAN DE WATER in observ. Jur. rom. lib. 3. c. 8. p. 299.* particulam *quem* adjicit. Varia autem ratione annisi sunt *JCti*, *Vlpiano* opem ferre. *Negotium* faceffit ipsum *Imperatoris* re-

scri-

scriptum in l. 74. de leg. I. VLP IANI lib. IV. disput. quod e diametro ejus sententiæ repugnat, unde elicitur, substitutos, succedentes institutis, æque ad legatorum & fideicommissorum præstationem teneri v. L. cit. & L. 61. §. 1. de legat. 2. Liqueet hinc, illud rescriptum tam ad intestati, quam testati causam fuisse productum, ut loquitur VAN DE WATER l. c. ACCVRSII interpretationem concordēs rejiciunt VAN DE WATER l. c. & PETRVS DVIRSEMA conject. jur. civ. lib. 2. c. 8. qui pro non debere legit non tenere, ita ut sensus esset, retinere non restituere. Sed audacem conjecturam non probo, nec audiendus FABER L. 4. conject. c. 15. qui molestam vocem non spongia promte delet. Aliam viam ingreditur VAN DE WATER l. c. existimans, rescriptum Divi Severi (cujus meminit & §. Vlpianus) omnino intercidisse §. 6. autem & 9. ita conciliat: in §. 6. sane constituit regulam generalem & certissimam, illos tantum fideicommisso onerari posse, ad quos ex iudicio testatoris aliquid pervenit cum effectu. Pone jam testatorem, ut est in §. 9. onerasse priorem heredum gradum, an nihilominus isti oneri obligatus remanebit? respondet VLP IANVS eum fideicommissum non debere, quia nemo potest onerari, qui non est honoratus, eo effectu, ut ex honore illo nihil adgravatum perveniat, & illud certe indubitate dicitur, poterat de eo quidem dubitari, num oneratus cogi posset, ad adeundam suam portionem, eamque fideicommissario restituendam, & sic fideicommissum debere: sed casu, quo existit coheres, cui jure accrescendi illa pars obveniat, nihil interest commissarii, à quonam fideicommissum accipiat: Secus si nullus foret coheres. Huic sententiæ meum quoque adjicere calculum non dubito.

§. XV.

Ad personas progredior, a quibus institutis fideicommissum relinqui potuit *PAVLVS recept. sent. lib. IV. tit. 1.* recenset Imperatorem (*) posthumum (**) quibus adde legatarium

(*) Imperatorem heredem institutum fuisse, ex variis juris locis in manifesto est *L. 7. C. qui test. fac. poss. de Caligula SVETON in eius vita c. 38.* ait testamenta primipilarium, qui ab initio principatus Tiberii neque illum, neque se heredem reliquissent, ut ingrata rescidit; item ceterorum, ut irrita & vana, quoscunque quis diceret herede Cesare mori destinasse. Quo metu injecto, cum jam & ab ignotis inter familiares, & a parentibus inter liberos palam heres nuncuparetur, derisores vocabat, quod post nuncupationem vivere perseverarent & multis venenatas mactenas misit: sed & legata Imperatoribus data, luculenter docet, testamentum Herodis apud *Iosephum de bell. jud. L. 1. c. 32. n. 7. p. 138. ed. Havercampii & Norisium in conothaphiis pisanis.*

(**) Celebris semper & vexata inter autores fuit concertatio, quid posthumi nomine veniat. *GVILIELMVS CANTERIVS novar. lect. L. II. c. 12.* postremam prolem interpretatur, cum *CASELLIO* apud *A. GELLIVM l. 2. c. 16.* unde etiam legit *posthumus*, cui adstipulatur *JANVS PARRHASIVS ep. 34.* Alias autorum opinio.

rium (***) *pr. Inst. de sing. reb. per fideicom. rel.*

§. XVI.

opinionem recensent ALBERICVS GENTILIS *lect. virgil. c. 6.* ADRIANVS TURNEBVS *l. 19. advers. c. 1.* LÆLIVS BISCIOLA *L. IV. bor. subcistr. c. 4. tit. 2. a n. 8. usque ad 16.* Nobis posthumus erit post fata patris natus (non solliciti, qualis inter posthumum & postumum sit differentia) ita VLPIANVS *l. 3. §. 1. de injusto rupto l. 164. de V. S. l. si quando C. de bon. proscript. CAJVS L. II. Inst. tit. III. §. 3.* & qui solide hanc opinionem probat GARANZA *de partu c. II. illat. XII. p. 94. seqq.* Sed, omissis illis, quæstionem aggrediamur, oportet, an posthumus fideicommissum relinqui queat. Non posse suadent VLPIANVS *L. 1. §. ex hoc rescripto de vent. inspic. MARCELLVS l. 2. de mortuo inferendo PAVLVS l. fin. de bon. coll. PAPINIANVS ad l. falcid. POMPONIVS L. 24. de legat. I. & TRYPHONINVS in L. Cicero de pænis, ubi Icti aperte asserunt, foetum esse portionem viscerum, nec vivere, stoicam secuti philosophiam, ut patet ex ALEXANDRO APHRODISEO lib. de anima cap. 20. EMPEDOCLE, DIOGENE, HIEROPHILO, PLVT. de placit. philosoph. lib. 5. c. 15.* Legati vero (aut fideicommissi) munificentia exerceri non potest, si deficiat. accipiens, ut apposite scribit SENECA *lib. II. de beneficiis c. 33.* Præterea incerta persona est posthumus, quum incertum, an nascatur *L. 1. §. quare de ventr. in possess. mitt. l. 3. si pars heredit. pet. cum incertis personis autem nulla heredis institutio l. alie-*

I. alienum §. 1. de hered. instit. VLP IANVS in fragm. tit. XXII. verum descivit a Stoicorum opinionibus *PAVLVS lib. sing. de port. in l. 7. de statu hom. ubi qui in utero est perinde, ac si in rebus humanis esset custoditus, quotiens de commodis ejus agitur,* Similiter in *l. 26. ibidem JULIANVS, qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur, in rerum natura esse. Nam & legitimæ hereditatis his restituuntur. TERENCEVS CLEMENS l. 163. de V. S. intelligendus est, mortis tempore fuisse, qui in utero est.* Confer etiam *l. 12. ff. de injusto rupto l. 1. & l. 6. ff. de inoffic. testam. l. 1. & 36. ff. de postb.* Aliud præterea suadent hac in sparta *ICtis* potiores, teste *MVSÆO de autoritate HIPPOCRATIS in juris studio; GALENVS libello peculiari an animal sit, quod in utero est, HIPPOCRATES de natura puerorum in fine. PLATO apud PLVTARCHVM l. c.* sed præcipue sanior Christianorum doctrina in diversum abit, referente *DAMASCENO l. II. de fide orthodoxa c. 12. TERTVLLIANO in apolog. c. 9. & lib. de anima c. 37. LACTANTIO lib. de opific. Dei c. 17. S. AVGVST in enchiridio c. 86.* Nec incerta institutio posthumi *arg. l. 9. §. 8. de hered. instit.* Taceo, quod personam ejus sustineat respublica, quod eleganter probat, præter *GROTIVM lib. II. c. IV. §. 10. AVTOR ANONYMVS libri les soupirs de l'Europe & JANVS LANGLEVS l. II. semestrium in fine.* Et hoc quoque de conceptis tantum dicendum erit, etiam ob *VLP IANVM in l. 30. §. 1. de acquirenda hered. & MODESTINVM l. 2. de excusat. tut.* Inlustria posthumorum, quibus hereditates delatæ fuere, exempla, e remota antiquitate conquisivit *BOETIVS EPON in lib. sing. ad l. Gallus.* Adde *ALTESSERAM de fict. jur. tract. l. c. VII.*

(¹⁰⁰) Quod ad fideicommissa a legatariis relicta attinet,

§. XVI.

In omni fideicommissio regulari directus requiritur heres (*) qui ex voluntate

varia eorum habemus exempla, v. g. VLP IANVS l. 5. de legat. III. si fuerit mancipio legatum relictum ab his, qui rempublicam gerunt fideicommissum dari potest, & PAVLVS in pr. l. 8. de legatis III. Conf. ALEXANDER TVRAMINVS de exæquat. legat. c. 4. n. 6.

- (*) De herede, qui interdum domini nomine in iure nostro venit FORNERIVS *selectionum lib. I. c. 19. l. 41. de legat. III. peto a te Domina*. Ab hero hinc non inepte aliqui heredem deducunt, honorem certe testamentarium passim autores celebrant VALER. MAXIMVS l. 7. c. 7. APVLEIVS II. *apolog.* QVINTIL. *declam.* 335. vetus inscriptio apud GALVANVM *de usufructu p. 290.* POMPONIVS ATIMETVS FECIT SIBI & paulo post: ET LIBERTIS LIBERTABVSVE EORVM, QVOS TESTAMENTO HONORAVIT. Adde locum elegantem CICERONIS *pro Cæcinnâ*. Pluribus præterea hoc ostendunt TORRENTIVS ad AVGVSTVM SVETONII MVRETVS & OPSOPÆVS in notis ad SENECAE ep. 3. DELRIO *comment. in THÜESTEM SENECAE vers. 189.* MEIBOMIVS ad CASSIODORVM *de form. Comitum Archiatror. p. 72.* BVLENGER *de Imp. Rom. lib. II. c. 32.* Ceterum in herede fiduciario notam illam juris civilis regulam, qui semel est heres, talis esse non desinit, nonnunquam fallere, notat ANTONIVS FABER in *error. pragmat. decad. 27. err. 12.* Personas, quarum fidei resti-

luntate fideicommittentis alii fideicommissum restituere debet (*) hoc deficiente, fideicommissum sive testamento

L 3

mento

restitutio committi potest, plerasque jam supra examinavimus: Libet tantum hic addere subtilem quæstionem *e. l. pen. C. de fideicom.* ubi Imperator talem casum proponit: dum pater, aliis heredibus institutis, filium emancipatum testamento præterisset, & fideicommissum ab eo reliquisset; dubitabatur, an fideicommissum hujusmodi utile esset? Alii affirmant, relinqui posse, ob rationes, quas exponit MERILLIVS *ad decisiones Justiniani c. 35.* Rectius alii negant cum GAJO *in l. 2. de legatis III.* cui accessit sua autoritate Justinianus, constituens, ut fideicommissum a filio præterito inutiliter relinquatur, tum quia nihil a patre accipit, tum quia injuria præteritionis affectus est. VALER. MAXIMVS *lib. VII. c. 8.* Seduli circa hanc constitutionem fuere HOTTMANNVS *observat. lib. VIII. c. I.* MERILLIVS *ad L. decis. Justin. c. 35. & 37.* HVBERTVS GIPHANNIVS *ad l. 39. Cod. de fideicommissis.*

- (*) Expediti juris est, quod fiduciarius substituto fideicommissum restituere debeat; unde *onus heredis vocatur in l. 2. Cod. de legat.* Requisita hujus restitutionis sunt, ut peragatur utriusque consensu *l. 37. b. t. invito* enim non restituitur per *l. 69. de reg. jur. ubi RAEVARDVS.* Est autem restitutio duplex, observante CHIFLET *de jure fideicommissi L. IV. c. 3.* aut *naturalis*, quæ fit vel facto, vere restituendo, vel tradendo

mento, siue ab intestato (*) relictum
vere tale esse non potest. Hæc enim
est

dendo, vel patiendō res hæreditarias possideri, itemque postea ratum habendo, vel per nuncium aut epistolam; aut *juris*, cum lex fingit factam fuisse restitutionem, illiusque effectus tribuit in tribus casibus, qui habentur in *l. pen. & ult. C. b. t.* Peculiare est, quod si minor hæres fiduciarius nuncupatur, ipsum sine curatore recte restituere, ut decisum per *l. i. §. 14. b. t.* Hujus ratio esse videtur, quia restituendo vere nihil alienat, neque res suas imminuit. Haud dubie huc commode referri poterit, quod VACONIVS a VACVNA declarat. *juris. lib. IV. declarat. 57. n. 4.* contra opinionem communem ex *l. 19. ad SCt. treb.* e PAVLI *lib. III. ad Sabinum* desumpta, affirmat, si fideicommissum a patre filio relinquitur, illud statim deberi, non autem demum cum sui juris factus fuerit; illud enim ex eo colligendum, quod in dicta lege expressa sint verba, *faciasque, ut ad eum perveniat*; unde etiam labefactatur subtilis illa Doctorum ratio, quod si a patre filio fideicommitteretur, tacite conditio subsit, si sui juris factus fuerit. Scio quidem, nobis negotium facessere *l. 75. §. i. ad SCtum Trebell.* quam ex SCÆVOLÆ *lib. XXIII. Digest.* depromptam commentario illustant EMANVEL a COSTA *lib. i. Select. c. 7.* & ROMANVS *singular. 502.* ubi mulier heredis instituti fidei committit, ut, retenta quarta, reliquam partem restitueret nurui quondam suæ, cujus fideicommissit, in hæc ver-

est fideicommissi natura, quam supra descripsimus & §. II. *Inst. de fideicom-*
mis-

verba: *Rogo te, ut id, quod ex bonis meis ad te pervenerit, facias pervenire ad filium tuum.* Quaesitum est, quando hoc fideicommissum restituere debeat, utrum post mortem suam, an statim? Respondit JCtus ad tempus, quo nurus moreretur fideicommissum aptandum esse: verum enim vero hæc lex nostram non stringit assertionem, longe diversus enim hac in lege est casus. Deinde ad emendationes confugiunt aliqui, & salutari particula negativa verbis: *ad tempus* præponenda, difficultatem tollere nituntur; alia vero est lex, quæ statim deberi & non ad tempus aptandum esse fideicommissum tradit. Confer. GOTHOFREDVS in notis ad cit. L. 75. Præterea difficultas de tempore restitutionis faciendæ occurrit in l. 46. ad SCtum Trebell. ubi JAVOLENVS proponit Sejum Saturninum Archigubernum, qui fidei Valerii Maximi Trierarchi committit, ut filio suo Sejo Oceano, cum ad annos 16. pervenisset, hæreditatem restitueret, extincto Oceano, antequam implevisset annos 16. Trierarchus fiduciarius Oceani heredibus restituere abnuvit, addita ratione, necdum diem fideicommissi cessisse. Casus hic est singularis, *nec* cum iis, quæ supra adtuli, confundi debet. Et si enim dies hic restitutioni apposita fuerit, non tamen eo sine videtur adjecta, ut ad eum demum diem fiduciarius heres bonis frueretur, sed ut tutela videretur ei permessa potius, quam fideicommissum

missar. hereditat. plenius exposuit Imperator.

§.XVII.

sum ei relictum, ut ex verbis ultimis d.l. elucescit. Dicendum itaque, in fiduciaria restitutione diem fideicommissi statim cedere, post mortem testatoris, quamvis nec dum peti possit, si in diem quid relictum *l. 213. de V. S. l. 21. Quando dies legat. aut fideicommiss. ced.* Multa de hac lege disputant DESIDERIVS HERALDVVS *observ. & emendat. c. VI.* & qui in diversum abit PETRVS PERRENON *animadvert. l. II. c. I.* qui subtiliter potius, quam ad Javoleni mentem ratiocinatur. Miror, virum doctum per *tutelam* in hac lege tutelam rerum hereditariarum intelligere addita ratione, *quod fiduciarius heres non nisi minister sit & dispensator fideicommissi*, unde tacite analogum tutoris munus extorquere velle, videtur. Cæterum de tempore restitutionis faciendæ infra plura afferemus. Olim nulla dies fideicommissorum restitutioni præfixa videtur, nec *caput legis juliae caduceariæ* ad fideicommissa spectabat, utpote quæ sola fiduciarii suffulciebantur liberalitate. Huic lucem affundit vetus inscriptio apud REINESIVM *class. II. n. 73. L. CAESTIVS QVA EX PARTE AD EVM HAEREDITAS M. AGRIPPÆ MVNERE PERVENIT.* Sed de his in *cap. I.* actum. Quid in *d. l. 64.* sit ἀρχινοβάρχης seu Gubernator præcipuus classis Brittanicæ, variis veterum locis exponit MEIBOMIVS *ad Cassiodori formul. de Archiatr. p. 16. & 17. PROCOPIVS de B. Vand. L. I.* Trierarchi vero

vero munus explicat. SVIDAS hac voce, cui jungenda quæ VOSSIVS de triremibus & CÆSAR CALCAGNIVS de re nautica veterum cap. XIX. annotarunt.

(*) Supra de utroque jam dictum, nec interest si scriptura aut viva voce fiduciario præsentem ultimam exponat voluntatem testator. *L. fin. Cod. de fideicommiss.* Imperator ibi constituit. fecit, per quam disposuit: *Si testator fidei sui heredis commisit, ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat & neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed pauciores quam quinque, vel nemo penitus testis intervenerit tunc si pater heredis, si alius quicumque sit, qui fidem heredis eligeret, & ab eo aliquid restitui voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negans rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius ei iusiurandum detulerit, quum prius ipse de calumnia iuraverit necesse eum habere, vel iusiurandum subire, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel particularis solutionem coartari.* *§. fin. Instit. de fideicomm. heredit.* Varias de hac constitutione opiniones proponit FORCATVLLVS *necyomantia juris dial. 14. n. 8. & 9.* Emanavit hæc constitutio, si fides habenda BALDVINO in *Justiniano p. 213.* ut quæstionem decideret, de verbo *ἀπορία*, vel potius ut alii legunt *ἐξορκισμός*, quod testator quidam adhibuerat. Nec omnino novum fuit, quod Justinianus statuit, asserente eodem BALDVINO *l. c.* Hinc mirari subit, cur MERILLIVS *L. decision Justin.* docto illustrans commentario, celeberrimam hanc constitutionem prætermiserit. Tanta autem Doctorum in hac lege exponenda diversitas est,

ut merito quis Triboniani umbras evocaret, ad mentem ejus explorandam, ut APPION GRAMMATICVS olim HOMERI *manes ad eum percontandum, qua patria, quibusve parentibus genitus esset.* Quidam existimant in d. l. testatorem solenniter testari noluisse, sed ponere duntaxat in fide heredis: Verum refutat FORCATVLVS l. c. p. 73. Alii stipulationem intervenisse putant: Sed inane hoc commentum est, & ne quidem umbra veritatis munitum. Antiqui Glossatores absurda plane de poena mendacii hac in lege fingunt, intellectum etiam legis mire detorquent, & restringunt ad casum, si testes, vita functi, deficient. Sed pudet me similes enarrare fabulas. Ego in difficili hac lege FORCATVLO adstipulor qui duplicem ex hac constitutione & in §. fin. Inst. h. t. casum emergere vult I. si heres institutus in testamento minus solenni neget relictum esse aliquid, quod petitur, jurare cogitur, aut pro convicto habetur, II. casus est, quod si heres institutus negaverit, aliquando relictum esse, & deinde confiteatur relictum, sed in minus perfecto testamento, nihil agit nec auditur, sed omnino solvere compellitur ex quo adiit. Nec remoratur l. 23. C. de fideicomm. Non enim per scripturam hic fideicommissit testator, sed voce hæredis obstrinxit fidem. Præterea huic legi 23. æque ac l. 2. C. de fideicommissis per l. final. ut recentiore derogatur. A. L. fin. introductum omnem perimit difficultatem. Singulare autem est, hoc juramentum referri non posse, quidquid ogganiant antiquiores, de auditu enim proprio heres fidem facit. Observandum porro, absque ulla etiam præsumptione deferri posse. Simul abiit a communi regula per GAJVM in l. 31. de jurejurando propo-

§. XVII.

Oportet autem, ut fiduciarius he-
res hereditatem adeat (*) licet
M 2 ipsam

ta. Tandem monendum erit, *d. l. ult.* neque ad le-
gata, neque ad donationem mortis causa, vel aliam
ultimæ voluntatis speciem esse extendendam, ut de-
fendit FABER *de erroribus pragmat. decad. 76. err. 7.*
quippe Imperator loquitur de fideicommisso, quod
a fide heredum pendet. Hæc constitutio proin, fa-
cultatibus heredum onerosa, stricte erit interpre-
tanda. Accedit, quod heredibus plerumque bene-
cupiamus, præ reliquis. Hinc AMICISSIMI in *L. 36.*
de excusat. tut. SYMM. lib. 10. c. 55. & FRATRIS no-
mine in *L. 58. de hered. Inst.* compelluntur. PLUT.
in Solone inquit: *at Solon permittens, ut is, cui liberi non*
essent, sua, quibus vellet, relinqueret, amicitiam consan-
guinitate potiore habuit.

- (*) Ita statuit VLPIANVS in *L. 13. §. 3. ad SCtum trebell.*
Dicendum erit, ait, compellendum eum, adire, ne prius
beres decedens, fideicommissarium decipiat. Neque enim
potest restitui, nisi quod ad aliquem sive vere, sive per
fictionem juris pervenit *l. 20. §. 7. de petit. hered.* & qui
legis, aditionem præcipientis, dicto morem gerere re-
cusat, fraudi locum dare, creditur. Latius hanc rem
prosequuntur DONELLVS *lib. VI. comment. c. 21.* AVR-
PACHIVS *lib. 1. singul. allegat. cap. 38.* GREGORIUS
THOLOSANVS *syntagm. jur. univers. lib. XLII. c. 29.*
n. 9. ubi causæ, in quibus heres fiduciarius etiam in-
capax adire compellitur, recensentur. Adde DO-
MINICVM AVLISIVM *de vulg. & pupill. subst. q.*
XV.

ipsam repudiare velit (**) & si hoc
detre-

XV. p. 267. opp. Quamvis improbum alias videatur, si quis de viventis hereditate sollicitus sit, unde PHILIPPVS JUNIOR Macedonum Rex ita queritur apud LIVIVM XL. *Vivo & spirante me hereditatem meam ambo & spe & cupiditate improba crevistis:* Peculiare tamen hoc in fideicommissio, quod vivo herede substitutus potiatur hereditate.

- (**) Disertis ita verbis disponit l. 14. ad SCtum Trebell. quæ unica ex libris fideicommissorum HERMOGENIANI ætatem tulit, in cujus §. 1. ita scriptum: *Sed & qui repudiavit hereditatem cogetur, adire hereditatem, & restituere, si justæ causæ allegentur.* Exemplum vero exhibet l. 16. h. t. §. ult. ubi rescriptum Divi Pii ad Cassium Dextrum in fine consequentia continet: *Evarestatus compellendus est, periculo ejus adire, & ex causa fideicommissi hereditatem restituere.* Sunt tamen causæ, ob quas fiduciarius recusare potest adire hereditatem. v. g. Si hereditas non relicta per fideicommissum, sed res certa aut quantitas l. 16. §. 2. ad SCt. trebell. Si conditio, sub qua institutus est, nondum extitit l. 9. l. 10. l. 63. h. t. l. 27. §. 4. h. Junge, qui legibus hisce lucem affundunt, HENR. A SVERIN repetit. jur. civ. lect. c. VIII. DESIDER. HERALD. observat. & emendat. c. 18. Alia sunt exempla, si dicat heres fideicommissum plane non deberi. l. 13. §. 3. h. si dies nondum venerit, non cogitur statim adire l. 1. §. 9. l. 16. §. 7. h. t. Item si asserat fideicommissarius nihil interesse, restitui l. 6. §. 5. h. si adire incommodum, nisi id sarcatur l. 4. l. 14. §. 5. h. Plura

detrectet, ad illud cogi potest. (***)

M 3

§.XVIII.

Plura vid. apud DONELLVM *lib. VII. c. 22.* A. FABER *lib. VII. conject. 7.* Insueta cæterum occurrit formula in *d. l. 14. §. 2.* ubi si bona venierint, non oportet *præceptorem nequidem pupillum restituere.* Quid *præceptor* hac in lege sit, nedum JCtis expeditum. CUVJACIUS pro *præceptorem* hic legendum *prætorem* opinatur. Merentur hic JCtorum recentiorum facile principis verba, quæ habet ad *tit. Instit. de her. qualit. & differ. adscrib. Prætorem legendum enim est,* inquit, *quæ emendatio non mihi tantum, sed & aliis supra modum placuit magno ingenio Viris, qui me cum eo tempore iuri civili operam dabant. & in eadem salebra implicati hærebant.* Cum Cujacio quodammodo coincidit haloandrina editio, quoniam *prætorem* habet: Florentina autem, quam hic Dionysius Godofredus secutus est, refert per *præceptorem.* Si tantis viris etiam meam addere licet conjecturam, ego, retenta lectione florentina hariolor, per *pupilli præceptorem* hic intelligi *tutorem*, sive alium, cui pupilli persona commissa est. Ita *pupillæ nomini præceptoribus dare*, dicit JULIANVS *l. 21. Digest. in L. 4. ubi pup. educ.* Vide quæ ad hanc legem adnotarunt MERILLIVS *observ. lib. 5. c. 17.* EMMANVEL COSTA *select. Lib. II. c. 22.* FORNERIVS *rer. quotidian. Lib. V. c. 22.* REVARDVS *coniectan. lib. I. C. 10.* Quod reliquum, in *d. l. 14. pr.* Mentio etiam in *d. l.* fit JURIS PUBLICI. Verum videtur, in longo alio hic sumi sensu, quam quo denotat id, quod ad statum rei romanæ spectat. Confer *l. 34. ff. de pactis l. 20. ff. de religios. & sumt. funer. l. 34. ff. de condict. indebit.*

GODO-

§. XVIII.

Oritur hic quæstio, cum prætor cognita

GODOFRED. *ad d. l. 14. RÆVARD. ad tit. de diversis reg. iuris p. 207. & A. FABER in rational. ad ill. LL. Privatum jus, publicum dicitur, quia publicæ utilitati inservit: inquit HARMENOPVLVS in procheiro. Denique appendicis loco adjicere libet, non opus esse, ut d. l. 14. ad SCtum trebell. emendationem BYNCKERSHOEK observ. jur. Rom. lib. I. c. 18. sequamur, qui pro non sequitur, substituit consequitur.*

(***) *L. 16. ff. ad SCtum Trebell. hoc constituens, desumpta est ex lib. IV. fideicommissorum VLPiani ubi COGIPOTERIT, hoc idem & si patrimonium fuerit restituere rogatus, & si facultates, & si quidquid habeo, & si censum meum, & si fortunas meas, & si substantiam meam, & si peculium meum testator dixerit: quia plerique ὑπονομικῶς, id est diminutive patrimonium suum peculium dicunt; COGENDUS ERIT; de successionem enim sua hic rogavit. Si vero quis compulsus adiit hereditatem, sicut cæteris commodis caret, ita hoc quoque casu careat, ne possit pœnitendo quartam retinere. Non tamen hunc manent onera §. 7. f. de fideicomm. heredit. Quod si enim hoc fieret, favor fideicommissorum, ejusque extensio æquitati nimis adversaretur. An quis autem hereditatem damnosam adire, compelli queat? controversiæ obnoxium est. V. l. 16. nec emere Cod. de jure deli-*

gnita causa per errorem vel etiam ambitio-

deliber. GOVEAN. *variar. lect. lib. II. c. 3. p. 291 & 292.* VVLTEJ. *in jurisprudence romana lib. I. p. 444.* MARCVS VETRANIVS MAVRVVS *de jure liberorum c. 17.* ACCVRSIVS quidem existimat, regulam in d. l. propositam, locum non habere in necessariis hereditibus: Verum generalis constitutio legis *neminem adire compelli damnosam hereditatem*, fatis Accursii divinationem enervat. Porro quaeritur, si quis pluribus restituere rogatus, & cogente uno hereditatem adeat, an in horum, qui hoc non desiderarunt, portionibus Falcidia beneficio utatur? Ubi affirmativa sententia omnino obtinere videtur, sufficit enim heredem fiduciarium animum suum non ad eundem exprimere. Conf. l. 16. §. 9. *ad SCtum trebellianum*, ubi additur ratio: *& cum hodie hoc jure utimur, ut totum transeat ad eum, qui coëgit, consequens erit dicere quartæ retentionem amisisse eum, qui coactus est, quia in solidum transferint actiones in eum, qui coëgit.* Cogetur, adire, per prætorem, non vero actione ordinaria, cum nihil fiduciarium fecerit, ex quo fit obligatus, sed *persecutio fideicommissi extraordinaria* locum habet l. 178. §. 2. *de V. S.* LVDOV. CHARONDAS *παιδαγωγ. Lib. III. C. I.* CHIFLET *lib. I. de jure fideicomm. c. 3.* non poterat, inquit, dari *personalis actio ex testamento ante aditionem, ad cogendum, ut adeat, & restituat, cum non antea heres contraxerit: post aditam vero hereditatem dabatur personalis actio* L. 52. *de judic. L. 1. de mort. caus. donat.* Cogetur a Præatore, quando refraganti multa dicitur,

bitione (*) iusserit hereditatem, ut ex fideicommisso, restitui, an illa sententia, legali spatio elapso, in rem iudicatam transeat? Ubi ex CAJO *Lib. IV. fideicommissorum in L. 65. §. 2. ad SCtum trebellianum* affirmativa defenditur; quoniam publice interest, restitui, propter rerum iudicatarum auctoritatem.

§.XIX.

tur, pignora capiuntur. *arg. L. 1. §. 3. de ventre inspic. L. 32. §. 12. de receptis arbitr.* Et si heres hisce non moveatur, erit actio in factum, ad id quod interest *arg. l. 9. pr. de edendo l. 1. de act. empti l. 13. in f. de re iudicata.* Conf. JOH. KOOLIVS *ad leg. ATERIAM TARPEJAM de multis* DONELLVS *lib. VII. comment. c. 24.* HILLIGER *in notis ibidem.* Supereslet, ut de periculo fiduciarii quædam in medium proferrem, nisi otium mihi hic fecisset DONELLVS *l. 6. c. 27.* ubi late de hoc argumentum pertractat.

(*) Conf. RÆVARDVS *var. ambiguit. juris L. V. c. 6.* Ambitiosa decreta subsistere, patet verbis SVETONII *in Domitiano: Ambitiosas inquit, Centumvirorum sententias rescidit;* nulla vero rescissione opus fuisset, si talia decreta ex sua labefactarentur natura. Rationem in *d. §.* additam a MÆCIANO pulchre explicat DESIDERIVS HERALDVS *de autor. rerum iudicat. lib. I.*

§. XIX.

Notatum supra, illum, cui hereditas restituenda, plerumque fideicommissarium dici heredem. (*) Olim talis esse potuit, cui nec per heredis directam institutionem, nec per legatum

lib. I c. 1. Status enim reipublicæ maxime judicatis rebus continetur, quod differebat CICERO pro P. Sylla c. 22. Sic autoritas rei judicatæ ipso jure & æquo ac vero aliquando potentior est. Huc quodammodo trahi potest, quod Anticho, de Herodis cæde his verbis exprimit, Φόνος δίκη μὴ ὀρθῶς γνωσθεῖσα ἰχυροτέρα τῇ δίκῃ, καὶ τῇ ἀληθείᾳ ἐστίν. Sententia, de cæde perperam lata, potior est jure, & æquitate. Addenda sunt, quæ PETRVS ÆRODIVS in π rerum judicatarum doctè disputavit, ubi præcipue libellus de orig. & auctor. judiciorum, præfationis vices sustinens, attentionem meretur.

- (*) Fideicommissarium proprie dictum esse heredem, in dubium vocare videtur BELLONIUS *lib. III. c. 19. n. 5.* cui, si vocabulum stricte accipitur, est accedendum. Interim heredis appellatio, in ipso quodammodo tolerari posse, videtur. Quæritur, si fideicommissum relictum esset duobus fideicommissariis, utri heres fiduciarius vellet, hereditatem restituere posset? Decidit quæstionem PAULVS in l. 16. de legat. ubi heres, alteri dando, ab utroque liberatur; si neutri dat, uterque petere potest. Conf. CAROL. MOLINÆVS in *lectionibus dolanis lect. 2.*

tum aliquid relinqui potuit: Sed hoc, ut ex capite primo patescit, mutatum est. (**)

§. XX.

Controvertitur, an in fideicom-
misso, ubi quis rogatus est filiis resti-
tuere, sub his comprehendantur ne-
potes? (*) Ubi illorum sententia ma-
gis analogiæ juris consentanea esse vi-
detur (**) non comprehendi, nisi ad-
sint

(**) In fraudem legis relictum exigi non potest *SCÆVO-
LA lib. 18. digest. in l. 37. de legatis III.* An autem
incapaci relinqui possit, ut capaci restituat. v. apud
ALTESSERAM de fictionibus juris.

(*) Pulchra sunt, quæ hanc in rem adfert *BRISSENIUS
de verbor. signif. Lib. VI. p. 694. filiorum angustior est,
quam liberorum significatio. Proprie enim filiorum no-
mine aliter, atque liberorum nepotes continentur, nisi
cum aliud voluntatis conjectura suadeat, tunc enim be-
nigna interpretatione, & ex sententia, potius quam
ex verbi proprietate, potestateque filiorum appellatione
nepotes comprehenduntur l. 54. 220. 201. de V.S. l. 41.
§. concubinæ de Legat. III. l. 59. de ritu nupt.*

(**) Ita statuit *JULIANUS in l. 14. ad SCtum macedon. &
§. Inst. qui testament. tutor. dari poss.* Aliter haud du-
bie se res haberet, si liberorum vocabulum adhi-
buis-

sint rationes peculiares, ob quas ex benignitate interpretationis forte aliter statuendum.

N 2

§.XXI.

buisse l. 220. de V. S. in quo & nati natorum, & qui nascentur ab illis, ut VIRGILIUS loquitur, liberorum appellatione comprehenduntur. Conf. ad h. l. SCIPIO GENTILIS lib. singul. orig. MARCVS VETRANIVS MAVRVS de jure liberorum cap. 42. ANTONIVS VACCA in exposit. obscurior. ad l. 3. de his, qui sui vel alieni. FERDINANDVS PAËZ ulyssippon. in libello de numero liberorum excusante a muneribus publicis. Non vero omnes liberos sub se completebatur communis liberorum appellatio, sed illos tantum, qui suscepti, natiq̃ue erant, ut vocantur in l. 6. & 10. Cod. de nuptiis. Ritus hic recens natos terræ apponendi, ut paucis hunc morem Romanorum explicare aggrediar, oriebatur ex antiqua opinione, terram omnium rerum esse matrem. Conf. ARTEMIDORVS oneirocritici l. 1. c. 14. & l. 3. c. 33. Aliam adstruit rationem MARCELL. c. 12. Natus si erat vitalis, ac sublatus ab obstetrice, statuebatur in terrâ, ut auspicaretur rectus esse conjugalibus Piumno & Pitumno lectus sternebatur; & hinc recens natorum constitutio συμβαλίνους apud Græcos, id est in Apio v. BVLENGER de Imperat. Rom. lib. III. c. 18. Humi apud Romanos Statina Deæ consecrat. est. Sed redeundum in viam, plura dabunt KERKRAAD de patr. potestate. GVDIVS de ritu, liberos in terram sistendi. p. 1. & 2. FORCATVLVS in cupidine jurispe-
rito-

§. XXI.

Quod ad fiduciarium aut fideicommissarium, ante fideicommittentem mortuum, nihil transmittatur, dubium non habet; jus enim nondum natum, ut non existens, ad alios transmitti non potest. Illud saltem controversiis obnoxium, an fiducarius post fideicommittentem superstes, ante aditam autem hereditatem, & fideicommissarius ante restitutam hereditatem denascens, id, quod ad eos pertinet, ad alios transmittere queant? Cum utriusque decisio quæstionis pari nitatur fundamento, tantum in examen vocabimus, an fideicommissarius, antequam hereditas jam nata restitua-

tur,

ritorum c. 12. DALECAMPIVS lib. VII. ad PLINIVM, & in proëmio. DEMPSTER ad ROSIN. antiquit. rom. lib. II. c. 19. PHILIPPVS PARÆVS in electis plautinis voce nativitas. ADR. TURNEBVS adversar. lib. IV. c. 15. LÆLIUS BISCIOLA borarum subcifarum tom. II. lib. 15. c. 17.

tur, vita excedens, jus suum ad heredes transmittere possit? (*)

N 3

§. XXII.

(*) Quod dies fideicommissi singularis, æque ac legati, tempore mortis, beneficium illud largientis, cedat *toto tit. quando dies legat. vel fideicomm. ced.* patescit. Neque ad hanc controversiam spectat, si fiduciarius heres hereditatem adire recusat, & a iudice compelli debet, ad hereditatem adeundam, antequam autem hoc fiat, fideicommissarius moritur; an tunc jus ad heredem ejus pervenire debeat; nam de eo nec ipsi adversæ sententiæ patroni dubitare audent. Sic & quæstio non est, quando ope transmissionis ex jure suitatis, aut ex jure sanguinis ad suos, & non suos heredes bona paterna, avitæque transmittantur; illud enim venit ex jure repræsentationis. SEBASTIAN. MEDICES *in tract. de vita & morte* p. 260. Extra hos casus, ut diximus, quæritur, si fideicommissarius, ante factam sibi, ab herede rogato, hereditatis restitutionem, decesserit, num ad heredem decedens jus fideicommissi percipiendi transferat? Diversæ hic sunt Doctorum sententiæ. DIDAC. JACOB, de LIMA *in addit. ad Molin. de primogenit. hispan.* p. 13. VAVDVS *lib. II. quæst. I.* negativam defendit sententiam, sequentibus fretus rationibus I. quod quis non habet, ad alium transmittere non potest. *l. 54. de R. j.* Itaque fideicommissarius, cui nihil restitutum, nihil etiam ad alium transferre potest. *l. 20. de A.R.D.* Verum hæc doctrina subsistit, si quis aliquo & formaliter, & virtualiter, ut philosophorum more loquar, caret: ast fideicommissarius heres,

heres, ex quo fideicommittens mortuus, jus recipiendi virtualiter nactus est, nempe spem ejus certam, quam omnino ad heredes derivare potest. Secundo non potest transmitti spes fideicommissi capiendi ad heredem, quoniam hoc, nec in vulgari, nec in pupillari substitutione locum habet, siquidem quod ii, quos non testator heredes, at substitutus facit, ad iudicium testatoris, ex quo non vocantur, adspirare non debeant, cum & substitutio, cui nondum locus fuerit, extra hereditatem nostram sit. *l. qui habebat 47. ff. l. si plures. 24. l. cum filio §. qui plures heredes. l. Lucius 45. §. ult. de vulg. & pupill. substit.* verum leges, quæ adducuntur, non probant, quod in quæstione est; nam *l. 47.* loquitur de casu, ubi substituta tam ante instituentem, quam institutum est mortua; atque sic illi, ne spes quidem succedendi fuit nata, quam transmittere potuisset; deinde adjecta ibi conditio, in persona instituti defecisse potuit. Enim vero quidem in casu, de quo quæstio est, æque ac in illo, quando coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit, jus transmittendi locum habere deberet. *L. 41. ff. de vulg. & pupill. substit.* quæ est ex libro 41. *responsorum* PAPI-
NIANI desumpta. Nescio profecto, quænam differentia ratio esse queat, quod jus deliberandi ad heredes transmitti possit, non autem jus succedendi ex fideicommissis jam natum. *L. si plures. & l. cum filio §. destituta*, nihil hujus argumenti continent. Quod autem ad *L. Lucius Titius §. ult.* attinet, fateor eam, quæ æque ac *l. 47. ex SCÆVOLÆ lib. secundo responsorum* est eruta, eruditorum promeritam esse commentationes. PALÆOTTVS in *Tr.*
de

de nobis & spuris C.37. FORCATVLVS in *necyomantia* dialogo 24.n.5. DOMINICVS AVLISIVS *de vulg. & pup. substit. qu. IV. p.426. opp.* nemo tamen facile ex ejus §. ult. cum VAVDO quæstionis nostræ cardinem arcesse-
re ausus est; etenim in eo sermo est de casu, ubi plu-
res instituti sibi invicem sunt substituti, quorum ali-
quibus mortuis jus, quod ne quidem, quoad actum
primum erat natum, ad demortuorum heredes tran-
sire non potuit, & sic omnino ad solum superstitem
ex reciproce substitutis ejus, qui id, quod ad se ve-
nire debebat, repudiavit, vi conjunctionis portio
pertinet. Potest etiam adjungi responsum, quod ad
L. Lucius glossa habet, conditionale relictum non
transmitti pendente conditione. Tertio a negante
VAVDIO in medium profertur argumentum: Sub-
stitutionum multo majorem esse potestatem, quam
fideicommissorum, cum illic accipiatur, hic exspe-
ctetur, & respiciatur hereditas. Sed ne alias memo-
remus VAVDI rationes, quibus substitutioni dire-
ctæ majorem inesse potestatem, quam fideicommis-
sis probare satagit, quoniam ad quæstionem nostram
dijudicandam nihil faciunt, cum hic non de majori
potestate directæ aut fideicommissariæ substitutionis
quærat, sed de transmissione juris iam nati ante
factam restitutionem: tantum monebimus, ex hac
ipsa ab adversario allata ratione, etiamsi id, quod de
substitutione affirmavit, nempe substitutum ius, quod
non amplexus est, transmittere non posse, verum sit,
de diversitatis ratione intuitu transmissionis, inter
substitutionem directam, & fideicommissum consta-
re; substitutus enim hereditatem pro lubitu adire
potest, restitutio autem hereditatis, a fiduciario he-
rede facienda, quodammodo ex nutu eius pendet, & sic
durum esset, si huius moram, quæ aliquando ipsi vitio
verti

verti non potest, fideicommissarius, denegata iuris transmissione ad successores suos, luere deberet. Quarto ait *V A V D V S* in civile, hereditatis cedere diem, antequam hereditas debeatur, ut quis sit debitor, oportere, ut antea debeatur: verum ex quo fideicommittens mortuus, fideicommissario id, quod restituendum, debetur. Et nescio, quare hic non æque ac in legato jus radicum nasci debeat, ex quo fideicommittens diem obiit, ita ut hoc jus ad hæredes transmitti posset. Neque huic rei officit, quod legatum repudiens alienare dicatur *l. 5. & 8. de rebus comm.* non autem, qui omittit hæreditatem *l. 6. quæ in fraudem creditor. l. 28. de V. S.* & ab illa definitione, qua hæreditas non acquisita transmitti non potest, nullibi fideicommissum excludi; nam leges citatæ ad nostram quæstionem non pertinent, quoniam in *l. 5. 8. de rebus eorum* sermo est de legato, cujus dies non solum cessit, sed & venit, quod verba ejus satis manifestum faciunt. Lex autem *28. de V. S. & 6. quæ in fraud. credit.* agunt de illo casu, si quis occasionem acquirendi hereditatem negligit, eum in fraudem creditorum alienare dici non posse. Sed ne compendii limites egrediamur, reliqua a *V A V D O l. c.* prolata prætermittimus. Ea tantum adhuc, quæ affirmanti sententiæ, ut communi, patrocinantur, & a *V A V D O* impugnantur, brevissime contemplabimur. Non autem de *l. 11. ad SCtum trebell.* quæ ex libro IV. fideicommissorum *V L P I A N I* est, erimus solliciti; quamvis *V A V D O* non concedamus, quod interpretatio ejus ubique recte sese habeat: sed provocabimus saltem ad *l. 16. ad SCtum trebell.* ubi hæc leguntur: *Sive ipsi desiderent sibi restitui, sive alius in locum eorum successerit.* Enim vero regulæ æquæ

æquæ interpretationis non patiuntur, ut verba hæc generaliter, satis posita, ex *V A V D I* mente restringantur; deinde egregie hanc opinionem juvat *JULIANVS lib. 39. Digest.* ut patet ex *l. 25. ad SCtum trebell.* ubi quidam testamento ita scripserat: *à te heres peto, fideique tuæ committo, ut quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit filio meo prima quaque die, aut si prius quid ei acciderit, matri ejus des, reddas.* Quæritur, cum, antequam adeatur hereditas, puer decesserit, an fideicommissum matri debeatur? Respondi, si puer, antequam dies fideicommissi cedat, decessisset; fideicommissum translatum esse ad matrem. Postea autem, quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere. Sed an ea voluntas fuit patrisfamilias, ut, si ante restitutum fideicommissum puer decessisset, matri potius quam heredibus præstaretur. Prætor æstimabit ex persona matris & ex persona heredis pueri. Elabi quidem cogitat *V A V D V S*, sed in vanum; ex verbis enim legis satis patet, *JULIANVM* in hoc *MARCELLVM* non notare, sed sequi. Sic & ratio diversitatis non adparet, quare illud, quod in *l. 3. Cod. de fideicommissis* traditur, Chryside puella, cui manumissæ, ex voluntate defunctæ, hereditas erat restituenda, antequam hoc fieret, ab intestato vita functa ad manumittentis successionem pertineat, non etiam ad alios fideicommissorum casus extendi debeat, quoniam singularitatis deest ratio; siquidem favor libertatis & manumissionis ad casus de fideicommissis extendi non potest. Tandem *DIOCLETIANI* rescriptum, quod ex *tit. Cod. de fideicommissis* a *V A V D O* citatur, quæstioni huic finem imponit. Dicitur autem in eo fideicommissarius, post cedentem fideicommissi universalis diem,

O

diem, ad heredes fideicommissum optimo iure transmittere, licet ante receptam hereditatem fideicommissarius mortuus sit; neque, quod hoc tantum in casu transmissionis theodosianæ locum habere debeat, additur. Alias de transmissione quæstiones examinarunt DOMINICVS AVLSIVS *de vulg. & pupill. substit. quæst. 6. & p. 235. & 244. opp. GOMEZ. l. i. var. c. 8. CHAVARRI didascalie part. II. c. i. ALTESSERA de fictionibus juris tract. IV. c. 10.* Claudamus omnem de fiduciario & fideicommissario herede materiam quæstionibus aliquot superius omissis, eiusmodi est quæstio: Si quis rogatus, ut restituat liberis suis, vel cui ex iis voluerit fideicommissum instituens, an transferat ius eligendi ad fiduciarium. Casum exhibet PAPINIANVS *in l. 57. §. ult. ad SCtum trebell.* ubi dubium emergit, an heres cogendus sit, eligere proximiores, vel an possit eligere aliquem ex remotioribus? Videtur autem respondere PAPINIANVS *in l. 67. §. i. de legatis II.* ubi disertis verbis ait: Si unum ex familia eligere heres iussus sit, cum forte tres essent ex familia eius, qui fideicommissum reliquit, siue eodem, siue dispari gradu: Satis esse, si uni reliquerit, etiam ulteriori. Addit ACCVRSIVS nulla enim electio, si heres ad ordinem personarum restringeretur. Accedit subiecta illa glossæ ratio; quod, postquam adimpleta est testatoris voluntas, eligendo unam personam, reliqui omnes conditione deficiunt. Nec remorantur *d. l. 57. §. ult. h. t. & l. 77. §. ult. de legat. II.* Casus enim speciales assertionem in *d. l. 67.* statuminatam infringere non possunt. Ulterius hæc perscrutantur EMANVEL COSTA *sc. lib. II. c. 2. CVJACIVS lib. III. observat. c. 10. ANTONIVS FABER*

§. XXIII.

Satis circa personas solliciti fuimus, hactenus indagatis illis, quibus legum æquitas dedit esse participes beneficii testatoris, ad res accedamus oportet, quæ ita jubente testatore ad oblique substitutum perveniunt. Variæ autem res considerari possunt restitutioni obnoxia. Aut enim tota hereditas (*) aut pars ejus ab heredem præstari debet, (**) aut res singula-

O 2

gula-

in error. pragmatic. decad. l. III. error. 1. p. 43. & decad. l. IV. error. 2. p. 74. error. 3. p. 76. ubi ex ipsis adversariorum argumentis sententiam nostram firmat. Conf. etiam ARNOLDVS ROTGERSIVS in apodicticis demonstration. tract. de legitima successione cap. 5.

- (*) Si tota hereditas restituenda, expeditu facilis est questio. Enimvero substitutus *succedit in universum jus quod defunctus habuit l. 24. de V. S.* Si id, quod quartæ nomine retinet fiduciarius, excipias. His jungenda quæ alienari non possunt, de quibus infra.
- (**) Partem hereditatis subinde restitutam fuisse supra ostensum est. Plura hujus exempla conquirit BRISONIVS *de formulis lib. VII. cap. 45.*

(***)

gularis (***) aut res extra commercium posita relinquitur (****) aut deni-

(***) Varia hujus occurrunt in jure nostro exempla: ita, si quadrigæ restituendæ; an, equo mortuo, pereat restitutio, quærit PAPINIANVS in l. 65. de legat. II. Affirmativam ulterius deducunt PETRVS PANTOJA DE AJALA in comment. ad tit. Cod. de aleatoribus ad l. fin. n. 60. & WÆCHTELER peculiari schediasmate de quadrigis legatis. HIEOPHILACIUM restituendum habes in l. 20. de ann. leg. & fideicomm. ALEXAND. AB ALEXAND. gen. dier. l. V. c. 17.

(****) De restitutione rei extra commercium posita difficilis est tractatio. Adponam VLPiani verba ex l. 40. de legat. I. Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto æstimationem deberi. Consonat l. II. §. 17. de legat. III. ubi idem VLPIANVS: ex his apparet, cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum præstandum, quod relictum est, cum vero ipsum præstari non potest, æstimationem esse præstandam. Contrarium his legibus statuit PAVLVS in l. 49. §. 2. de legatis II. ubi: Labeo refert, agrum, cujus commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse, quod merito priscus Fulcinius falsum esse ajebat. Quid in diversis legibus & contrariis JCtorum sententiis statuendum sit, anceps hæreo: CURIACIUS, ut difficultatem demeret, in not. ad Instit. tit. de legat. particulam non d. l. 40. inseruit: sed in viro jove, ut observat JAVCHIVS de negationibus pand. cap. 13. pag. 191. & HOTOMAN amicabil. 25. Alii, hac

denique res aliena, quæ tamen humanis rebus exempta non est, fidei

O 3

here-

hac in parte divortium a legatis fideicommissa facere, statuunt, hic scilicet æstimationem ob favorem fideicommissorum, præstandam non æque in legatis. Ita sentiunt DVARENVS *in comm. ad b.l.* HOTOMANNVS *lib. XII. observ. cap. 24.* simul existimantes, recenser in hac lege aliquam ex antiquo jure inter legata & fideicommissa differentiam. Verum hos rejicit BERENGER *ad l. 40. de legat. l. c. 2.* cui accedit BALTH. BRANCHV *in observ. jur. civ. disp. II. ad JUL. PAVLVM p. 194.* ROBERTVS *animadv. jur. civ. lib. 2. c. 3.* distinguit inter ignorantiam, & scientiam testatoris, rem esse alienam: verum frustra, ut BERENGER *d. l. c. 3.* affirmat. Imbecillis est HVBRI *in prælect. ad π. tit. de legat. §. 3.* conjectura, qui *d. l. 49. §. 2.* de casu peculiari sermonem esse, arbitratur. Meam quoque conjecturam proponere, licitum erit. Omne forsitan dubium tolli poterit, si leges citatas de diversis loqui, nec inter se pugnare, dicimus. VLPIANVS in prima lege de æstimatione loquitur, hujus vero apud PAVLVM nulla mentio fit; immo ipse PAVLVS, æstimationem deberi, taretur in *cit. leg. 49. §. 3. de legatis II.* Conf. MARCIANVM *l. 114. §. 1. de leg. I.* Illud subnectendum puto, si aliquid rebus humanis omnino exemptum testator restitui juberet, ne quidem æstimationem tum ab herede deberi; *furiosi enim est, talia legata testamento adscribere*, ait VLPIANVS *in l. 39. §. 8. de legat. I.* Ceterum si quæ alia in jure loca, ex quibus patescere videtur, quod

heredis demandatur restituenda,
 (*****) de singulis jam exacte dispi-
 ciendum erit.

§.XXIV.

quod rerum, quæ non sunt in commercio, legatario vel fideicommissario debeatur æstimatio, occurrunt, de illo casu sunt intelligenda, quando res non in legatarii aut fideicommissarii est potestate, sed ob casum aliquem, aut probabilem causam, extra eam esse coepit.

(*****) Rem alienam fideicommisso aut legato relinqui posse, declarat CAJVS *Instit. lib. 4. tit. 7. §. 4.* ubi, & non solum propriæ res, inquit, a testatore per fideicommissum dimitti possunt, sed etiam ipsius heredis, aut legatarii, aut cuiuslibet extranei. Idem fere habes §. 4. *Instit. de legat.* Quod si alienam rem tanquam suam testator per fideicommissum reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, & legatum, & fideicommissum inutile erit, ut disponit *l. 6. cod. de fideic.* Nequaquam vero res propria domini fideicommisso ipsi relinqui poterit, ut habetur in *l. 41. §. 2. de legat. I.* & §. 10. *Instit. de legat.* ratio esse videtur, quia testator, relinquendo rem propriam domino, præsumitur, ignorasse eam legatarii vel fideicommissarii esse. Priusquam ad alia transeamus, more observato hætenus, enucleanda erunt quædam ad præsentem materiam spectantia. Ita quærit NERATIVS in *l. 35. de legat. III. §. 3.* Scitis balineum julianum junctum domui meæ, ita ut publice sumptu heredum meorum, & diligentia decem mensibus totius anni præbeatur gratis: quasitum est, an & sumptus refectionibus necessarios heredes præ-

prestare debeant? Deberi quidem putat NERATIVS, ego autem in hac lege casum peculiarem decidi existimo. Certe, communiter refectionis sumptus non præstandos in fideicommissis singularibus, & legatis, affirmat PAPINIANVS in l. 58. & l. 61. *de legatis* I. quamvis fideicommissarius teneatur, restituere sumptus, in aditione factos, & PAVLVS in l. 19. *ad SCtum trebell.* statuit, in distrahendis scilicet conservandisque rebus hereditariis. Quod vero ad *cit. leg. 35.* attinet, respicit hæc antiquissimum Romanorum morem a Græcis tractum. Lotiones gratuitas, & refectiones, ad tempus, sive in perpetuum præstandas, relinquere, ut sic aura, ac gloria caperetur popularis. Inscriptio antiqua etiam huic rei fidem conciliat:

BALINEVM ET LAVATIONEM
SOLO PRIVATO GRATVITAM
IN PERPETVVM DEDIT.

Aliam elegantissimam inscriptionem habet RÆVARDVS *lib. II. conject. c. 3.* Latius hac de re agunt BACCIVS *ELPIDIANVS de thermis veterum*, RICCIUS *in vindiciis juris cap. 2.* SWERTIVS *in not. ad cap. 3.* HYER. MAGII *lib. de tintinabulis veter.* LIPSIVS *lib. IV. de magnitud. Rom. c. 9.* Acris inter JCtos viget controversia, an ille, qui rogatur hereditatem totam restituere, etiam fructus restituere teneatur? Affirmat l. 32. *ad SCtum trebell.* CELSVS, in his verbis: *heres restituat, quantacunque pecunia ad eum pervenit, etiam fructus contineri.* Negant MODESTINVS in l. 83. *de legatis* III. & PAPINIANVS in l. 57. *ad SCtum trebell.* PERRENON *animadv. lib. I. c. XI.* existimat, ad conciliandos textus distinguendum esse, ita ut non restituantur, si de testatoris voluntate non constat,

stat, restituantur vero, si de ejus voluntate constet. Addit exempla, ubi JCti de hac quæstione pronunciantes, semper ad testatoris voluntatem provocant. **CYJACIUS** *lib. IV. obs. c. 39.* Huic opinioni subscribit **VITALIS** *variar. lect. l. I. c. I.* **MARSIAS GORDONIVS** *prætermisforum c. I. & 2.* adducit interpretationem. In genere observandum est, fructus non deberi in fideicommissis, cujus elegans existit **VLPIANI** exemplum *in l. 18. §. 2. ad SCtum trebell.* quod intelligendum est de fructibus, post aditionem perceptis, secus si ante sunt percepti, *l. 27. §. 2. ad SCtum trebell.* Confer **HOTOMANN.** *amicabil. 17.* **MATHEACIUS** *lib. IV. epit. legat. cap. 5. n. 5.* Quid vero de usuris statuendum, circa res & nomina a testatore fideicommissario relicta, expedit **PAPINIANVS** *in l. 58. ad SCtum trebell. §. 2.* eum scilicet, qui post tempus hereditatem restituere rogatur, usuras a debitoribus hereditariis perceptas restituere non cogi, quarum dies post mortem testatoris cesserit: quibus non exactis, omnium usurarum actio (nam hereditaria stipulatio fuit) ex trebelliano transfertur. At similiter hereditario creditori, si non solvantur usuræ, fideicommissarium in his quoque trebellianum tenebit. Late ad hunc locum disputat **NOODT** *de fœnore & usuris lib. III. c. 7.* quomodo scilicet hic debeantur usuræ, ut in bonæ fidei judiciis: verum hæc ad nos non pertinent, reliqua infra de usuris moræ adjiciemus. Quid in usufructu, per fideicommissum relicto, veniat, toto titulo *ff. de usu & usufructu ex redditu & habitatione, & operis per legatum aut FIDEICOMMISSUM* datis patescit. Nascitur heredi fideicommissario jus omnia emolumenta capiendi, & omnem utilitatem lucrandi, quæ salva re illa, in qua testator usumfructum restitui jussit,

jussit, haberi possunt: hæc enim est usufructus natura *VLPIANVS l. 7. vid. NOODT de usufructu l. b. l. c. 3.* in quo etiam sensu *SENECA de vita beata cap. 10. Tu, inquit, voluptatem complecteris: Ego compesco, tu voluptate fruieris, ego utor.* Similem fere locum *S. AUGUSTINI de doctrina christiana lib. l. c. 3.* præmitto. Conf. *GORDONIVS prætermisforum cap. VI.* qui legem difficillimam *32. de usu & usufruct.* exponit. Dubium quibusdam videbatur, utrum aliquid referat, legato, an fideicommisso relictus sit usufructus. Rationes adfert *GALVANVS de usufructu cap. XIV. n. 2. p. 156.* verum post exæquationem a *JUSTINIANO in l. 2. Cod. comm. de leg. fideicom.* factam, domitianam esse quæstionem, ut *ICtorum* verbis loquar, quis non videt. Divisionem fideicommissi eleganter disponit *VLPIANVS in l. 3. pr. ad SCtum trebell.* Differt hæc divisio ab illa *MARCIANI in l. 23. de ann. legat. & fideicom.* in qua quidam *Decurionibus* divisiones dari noluit die natalis sui. Quibus exponendis inservit verus lapis *ravennatensis ap. VOLATERANVM comm. urban. lib. 16. & BLONDVM lib. II. Romæ triumphant.* Erant nempe sportulæ, ut vocantur in *l. spurii de Decurion.* quæ testatores sodalitatibus, militiisque negotiatorum, aliisque parentaliorum tempore dari cavebant. Memorat *S. CYPRIANVS lib. III. epist. 5.* ex similitudine divisionum, sportularumque sic esse dictas, licet nostris diversas. Conf. *FORCATVLVS dial. l. Magius l. 2. miscell. c. 2. RÆVARDVS l. l. var. c. 16.* Reliquum erit observare, quod facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiant ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum natus fuerit possessionem, ut præter *GAJVM in l. 65. pr.*

§. XXIV.

Eximuntur tamen quædam e censu eorum, quæ sub restitutionem venire possunt. Ita fideicommissio non subsunt quæ *EPICTETVS in ETXEIPID. cap. I.* res extra potestatem nostram positas vocat (*) his accersenda quæ jure sanguinis competunt. (**)

§. XXV.

pr. ad SCtum trebell. docet *DESID. HERALDVS obs. & emend. c. 18.* Unde præter emolumenta, damna quoque in fideicommissarium transeunt, velut æs alienum, legata, & similia alia *Vid. HVSMAN. in paradoxis ad leg. falcidiam parad. 12. 13. & 14.*

(*) Huc spectant res sacræ, sanctæ & religiosæ, res universitatis, & similia, de quibus supra locutus sum. *Jungendi MACROBIUS saturnal. lib. III. c. 3. FERRANDVS ADDVENSIS explic. l. II. c. 21. & multis sequent. GROTIUS in florum sparsione p. 32.*

(**) Hujus exemplum habes in sepulchris familiarum, utpote quæ ad heredes extraneos non transeunt *l. familiaria & l. seq. de religios. & sumpt. fun. l. 8. cod. ibidem.* in quo etiam ab hereditariis distinguuntur sepulchris *COVARRVVIAS ad cap. Raynutius tom. I. opp. p. 85. n. 21. KIRCHMANN de funeribus Roman. l. III. c. 13. HOTOMANNVS de vet. ritu nupt. c. 25. QVENSTEDT de sepultura veterum cap. 10. Non vero*

§. XXV.

In fideicommissio per ultimam voluntatem constituendo, quinque requiri testes, sive scriptis, sive voce viva relinquatur, jubet THEODOSIUS in *l. ult. §. fin. Cod. de Codicillis* (*)

P 2

addi-

vero unicuique e populo fas erat, habere sepulchra familiaria, ut eleganter ostendit TURNEBVS *advers. lib. V. cap. 16.* Tanta eorum religio fuit ut Solon acerrime in eos animadverteret, qui gentilitia sepulchra alieno temerabant funere. Unde etiam multo luxu, fastuque sedem hanc familiæ æternam prosequiebantur. Adhibebantur suffitus, sacra novemdialia, murhatae potiones, vina respersa, filicernia, exequiæ, & si quæ alia excogitavit æternitatis cupido. De sepulchris familiaribus consulendi NICOL. *de luctu Græc. c. 12.* GYRALDVS *de vario sepeliendi ritu cap. 9.* BRISSONIVS *select. antiq. l. II. c. III.*

- (*) Forma fideicommissorum quodammodo olim in verbis precariis continebatur, deinde etiam verba directa ab interpretationis benignitate ad fideicommissa pertracta sunt, *l. 17. ad SCtum trebell.* & quæ antea de hac materia dicta sunt. In fideicommissis enim sola voluntas defuncti attenditur, & veluti regina dominatur. *l. heredi de legat. 1. l. in conditionibus, & l. pater. §. conditionum verba de condition. & demonstra-*

addito, ut si in scripta referret ultimum elogium testator subnotatione sua dispositionem illam roboraret. (**)

§. XXVI.

Postquam, quæ fideicommissi restitutioni incumbunt munera in restitutione, perquirere conati sumus, superest, ut fiduciarii quoque commoda penitiori subjiciamus indagini. Hæc inter præcipuum obtinet quarta illa, quam
Tre-

monstrationibus. CORASIVS miscellan. jur. civil. C. XIX. n. 7. Porro fideicommissum relinquitur viva voce, ita ut testator cum eo cui relinquit, loqui possit: velut *PETO CAI SENTI CONTENTUS SIS ILLA RE.* Aut *VOLO TIBI ILLUD PRÆSTARI.* *PAVLVS sentent. lib. IV. tit. 1. p. 385. ap. SCHVLTING.* Præterea, si quem in primo testamento diversum instituit testator, creditur in posteriori institutus testamento rogatus, ut, retenta quarta, in priori instituto reliquum reddat. *vid. tit. Institut. quomodo testamentum infirmantur.* Quæ supra de fideicommissis per Codicillum ab intestato diximus, hic non repeto. *Conf. VACON. a VACVNA declarat. jur. civil. lib. IV. declarat. 59.*

(**) Necessitatem subscriptionis in testamento disquirunt *SALMASIVS in responsion. ad Heraldum, & GEORGIVS LONGVS in pereleganti libello de annulis signatoriis.*

trebellianicæ nomine (*) deducit
fiduciarius, five per testamentum, five
ab intestato relinquatur fideicommis-
sum. (**)

P 3

§. XXVII.

(*) A Trebellio autore quartam trebellianicam nomen
fortiri, etiam ipsis iuris tyronibus liquet: Conferatur
præter ea, quæ superius hanc in rem attuli, HEN-
RICVS BRENNMANN *de eurenaticis cap. XI. &*
PANCIROLL. var. lect. lib. II. c. 278. Hujus causa
esse videtur, ut hereditate fideicommissario restituta
actiones in eum transfirent, non tamen quod dire-
ctæ & subriles actiones transferrentur, quippe, quæ
jure civili ossibus heredis manent infixæ, sed utiles
ex iurisdictione prætoris §. 4. *Inst. l. I. §. 2. t.* BRENN-
MANN. *l. c. p. 225.* Vera itaque ratio est, fideicom-
missorum favor, ne scilicet extinguerentur, recu-
sante fiduciario. Conf. VACONIVS A VACVNA *lib.*
IV. declarat. 57. five ut VLPPIANVS *l. I. ad SCtum*
trebell. loquitur, *quo magis in reliquum confirmantur*
defunctorum voluntates. Conf. NERIVS *Analectorum*
lib. II. c. 13. Unde etiam liquet, quam inscite HVS-
MANNVS *in paradoxis ad leg. falcid. paradox.* plus-
quam vatiniano ad SCtum trebellianum odio actus,
omnem ei utilitatem abrogavit. Varias inter falci-
diam, & trebellianicam differentias invenies apud
GREGORIUM THOLOSANVM *in syntagm. lib. XLII.*
c. 34. n. 6. & DVARENVM *lib. II. disputat. annivers.*
c. 10.

(**) GOVEANVS *variar. lectionum lib. II. c. 32. & 33.* VLP-
PIA-

§. XXVII.

Afficit hujus quartæ deductio omne id, quod defunctus fidei heredis restituendum commisit (*) imputa-

PIANVS in l. i. ad SCtum trebell. in filii quoque familias militis iudicio, qui de castrensi peculio vel quasi castrensi testari potest, senatusconsultum locum habet.

- (*) Patet hoc ex l. i. ad SCt. treb. ubi quarta pars hæreditatis defuncti esse dicitur, quæ debetur instituto gravato de tota, vel parte hæreditatis restituenda in præmium aditionis vel restitutionis. Dubium emergit, an trebellianica etiam de rebus singularibus fideicommisso relictis deducatur? DVARENVS certe cap. VII. h. t. contendit legem falcidiam ad fideicom. singul. non spectare, sed potius SCtum pegasianum, & suæ opinioni favere putat §. V. Instit. de fideicom. hæredit. vers. ex singulis. Ego spectato jure veteri DVARENO accedere non dubito, quidquid in contrarium disputet HILLIGER ad Donellum lib. 8. C. 24. p. 901. Enimvero verba clare SCt. pegasianum ad fideicom. singul. producant. Nec HILLIGERO auxilio sunt, quæ in contrarium affert; confundere enim mihi videtur jus antiquum cum jure novo, per Iustinianum introducto. Vnde dicendum jure novo primum postquam fideicommissa legatis exæquata fuere, etiam falcidiæ vires ad fideicom. singul. fuisse protractas. Ratio præterea ab HILLIGERO allata, quod cessante compulsionem in fidei-

putatur vero in illam, quod legati, fi-
dei-

fideicom. singul. sit, etiam cesset quarta trebelliani-
ca, Duareni assertum non infirmat; nam compulsio
primum introducta est, ne ob immodicas restitutio-
nes desererent fiduciarii hæreditates *l. 1. §. 2. ad SCT
trebell.* Verum ob res singulares restituendas in pin-
guissimis Romanorum patrimoniis, ut ex MEVR-
SIO & KOBIERZICKIO *de luxu Roman.* elucescit,
nil tale metuendum erat. Quid enim metu opus,
ubi præmii opulentia invitat, ut eleganter quærit
THEOPHRASTVS ap. STOBÆVM *serm. 41. de re-
publ. p. 246.* accedit, quod tempore latæ legis, nullæ
fuerint falciidæ vires. Eandem cum Hilligero opi-
nionem tuentur GREGORIUS THOLOSANVS *lib. XLII.
syntagm. cap. 31. n. 6. & cap. 34. n. 7.* & CHIFLET *lib.
II. de jure fideicom. c. 3. & lib. IV. c. 8.* Recur-
runt quidem adversæ sententiæ patroni ad *l. 47.* sed
in ea nihil ab VLPIANO proferri video, quod illis
velificari possit. Potius dicendum est, verba sub
VLPIANI nomine a TRIBONIANO proposita, ad sensum
novi iuris fuisse temperata. Hic observatu dignissi-
mum est, VLPIANI *in d. l. 47. §. 1.* assertionem, absolute
positam, non universaliter veritati consentaneam esse;
fideicommissarius sane universalis quartam detrahit,
si fiduciarius in ejus gratiam non detraxerit *l. 1. §.
19. ad SCTum trebell.*, cujus idem VLPIANVS author
est. Cæterum deduci non potest trebellianica
l. 1. ex rebus ad pias causas (ut loqui solent Icti) reli-
tis. GREGORIUS *in syntagm. L. XLII. c. 31. n. 8.*
posset

deicommissi aut mortis causa donatione ad heredem pervenit. (**) Hinc & quar-

posset quoque argumento legis falcidiæ asseri, cuius detractionem æque inhibuit justinianus hoc in casu. 2. ex restitutione pauperibus facienda ob §. *si pater de testament. in* 6. 3. neque ex re alienari per testatorem prohibita, ob *l. sed si in ea re Cod. ad leg. falcid.* 4. multo minus detrahit trebell. hæres ex rebus restituendis, quas detraxisse convincitur, sed illa portio transit ad fiscum *l. rescriptum de his quibus ut indign. l. 48. ad SCtum trebell.* Denique neque de fideicommissis militaribus, ut *glossa & D. D. in l. in testamento Cod. de testament. milit. & l. in testamento Cod. ad leg. falcidiam* habent, neque de legitima detrahitur trebellianica, utpote quæ nullo onere gravari potest. Speciem difficillimam *l. filium quem habentem Cod. famil. herciscund.*, de trebellianica detrahenda, subtiliter explicat VACONIUS *lib. IV. declaratione* 59. & P. GRANGIANUS *paradoxorum cap. 49.* Adde *declarat. 57.* VACONII ubi ratio, cur solus fiduciarius, non itidem fideicommissarius deducat quartam, reperitur.

(**) Gravissimas D. D. lites, circa imputationem in trebellianicæ deductione faciendam, peculiari libro exponit MANGILIUS. Non jam vacat subtiliorum Ictorum examinare ratiocinia, unde tantum, quæ expediti juris sunt, exponam. Imputatur itaque in trebellianicam universim omne id, quod efficaciter retinet heres, non, quod alteri etiam post tempus, restituere com-

quartæ decedunt, quæ conditionis implendæ causa data *l. 91. ad leg. falcidiam.* (***)

Q

§. XXVIII.

compellitur *l. acceptis ad l. falcid.* Unde patet, jus accrescendi non imputari, utpote, quod inter res restitutioni obnoxias recenser *VLPIANVS in l. 43. ad SCt. trebell.* quamvis dissentiat *CVJACIUS lib. XII. obs. cap. 12.* Porro si heres percepit fructus ex iudicio testatoris, & non sit de liberis primi gradus *l. in fideicommissoriam ad SCt. trebell.* si testator aliqua legavit, aut dedit, ut imputarentur. *l. quam autem, l. cum quo, & l. quærebatur h. t.* Debetur quoque trebellianica de jure stricto in singulis corporibus *l. 2. Cod. h. t.* Omnia, quæ capiuntur jure hereditario, imputantur in quartam *l. quod autem. l. id autem ad SCt. trebell.* Ut legitima debita heredi gravato *l. 1. §. interdum si cui plus quam per leg. falcid.* Fructus quoque computantur *l. 18. §. 1. ad SCtum trebell.* & incrementa omnia, quæ augent quartam, imputari debent *l. 58. §. 6. in fin. h. t.* Fateor tamen, circa fructuum imputationem, non deesse dubia & exceptiones. Vid. *l. 6. C. ad SCt. trebell. & l. 36. C. de inoff. testament.* Circa prælegata distinguendum: aut enim restituenda portio, deductis nummis v. g. 200. & tunc id omne imputatur in quartam. *l. 58. §. 3. h. t.* aut deducto fundo, vel corpore certo, & detrahens non imputat, nisi partem unam hereditariam, quam a se capit *l. 58. §. 3. h. t.* ubi ratio diversitatis adiecta. Quæstionem, an donatio quoque conjugalis, morte confirmata, imputetur, examinat *Scipio Gentilis de donat. int. vir. & uxorem lib. III. c. 30.* Infinitas alias de imputatione quæstio-

§. XXVIII.

Fiduciarium esse heredem, qui trebellianicam deducit, inter omnes Ictos convenit: Dubium vero est, an hoc beneficio omni fiduciario uti detur. Ita controversum est, si paterfami-

quæstiones pertractant COVARVIAS & GONZALEZ *ad C. Raynutius. ÆMILIUS FERRETUS lib. sing. ad l. 68. leg. falcid. CHARONDAS l. II. verisim. c. 4. CORSVS l. indagat. C. 3. (***) L. 91. e controversis est. In qua constituit MARCIANVS: in quartam hereditatis, quam per legem falcidiam heres habere debet, imputantur res, quæ jure hereditario capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implende conditionis causa accipit; nam hæc in quartam non imputantur. In fideicommissaria hereditate restituenda siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi, siue præcipere vel deducere, vel retinere iussus est, id in quartam ei imputatur. Multi conclusionem nostram ex hac lege impugnant. AVG. MATHÆACIUS lib. II. de via juris c. 22. n. 92. seq. distinguit: si subsequatur conditio fideicommissum, vel si in vim modi aut causæ posita fuerit tunc data, conditionis implende gratia, imputari in trebellianicam, si autem præcesserit conditio, ut penitus ab ea pendeant fideicommissa non imputari. V. qui ad hanc legem commentati sunt CVJACIUM l. 8. obs. c. 4. DVAREN. l. II. disput. annivers. cap. 10. & cap. 8. ad l. falcidiam. CONTIUM l. I. disputat. subcisiu. cap. 4. GOVEAN. lib. I. animadu. CORAS. l. 2. miscellan. cap. 17. RAYNALDUM CORSUM lib. I. indagat. cap. 4. ANT. FABR. lib. VI. conject. cap. 3. ALCIATUM lib. VI. paradox cap. 4.*

familias rogaretur, restituere hereditatem filiis, an tali detractiōi locus sit, (*) aut si filii familias fidem eligeret testator, an duplicem quartam deduce-

Q 2

(*) PAPINIANVS in l. XI. de legatis l. sequentia habet: JULIANVS non insubtili ratione motus, patrem, cuius filius hæres institutus est, extero quidem, habita ratione legis falcidiæ (trebellianicæ) restituere hereditatem, respondit, quoniam ex persona filii teneretur, ipsi vero filio non admissa falcidia. Crucem D. D. figit illa non insubtilis ratio, de qua videndi JOH. LEVENCLAVIVS notatorum lib. II. n. 65. ALCIATVS lib. V. paradox. cap. 14. GOVEANVS lib. II. lect. jur. cap. pen. VACONIVS lib. IV. declarat. 57. n. 14. Quidam existimant, id fieri, quod pater habet hoc beneficium, ut sit hæres, a filio, qua de causa non deceat, illo adversum filium uti. VACONIVS l. c. putat, rationem esse, quod is solus possit trebellianicam detrahere, qui potest facere, ut fideicommissum extinguatur. Ego causam hujus responsi ex antiquitate arcescendam autumo, ubi si ii eadem cum patre persona habita est l. ult. Cod. de impub. & aliis substit. ALTESSERRA de fictionibus juris tract. VI. c. 4. GROTIUS de J. B. & P. lib. I. c. V. § 3. Vnde etiam omnia, quæ filio accidunt, patri illata fuisse videntur, ita injuriam filio illatam, sibi quasi factam, ulciscitur pater l. §. usque adeo de injuriis. Et in morte filii vulnus accepisse dicitur. CORNELIVS NEPOS in Dione ait: accepit gravissimum parens vulnus morte filii & ap. ÆSCHYLVM in ΧΟΗΦΟΡΟΙΣ, parentes in liberis vivere dicuntur.

duceret unam filii, alteram fiduciarii hæredis. (**)

§. XXIX.

(**) Observandum est, descendentes si rogantur hereditatem extraneo restituere, si liberos relinquant, neutiquam ad restitutionem cogi posse, in favorem enim posterorum, præsumitur hac conditione conceptum fuisse rescriptum, ut patet ex *l. 30. Cod. de fideicomiss. & l. 102. de condit. & demonstrat. THOMAS PAPILLONIVS de directa substitut. C. 7.* Totā ergo quæstio de filio intelligi debet, fideicommissi restitutione onerato, cui liberi non sunt. Hac in controversia, si jus civile spectamus, una tantum quarta contentus esse jubetur filius *l. filium quem habentem Cod. famil. herciscund. & l. jubemus in pr. Cod. ad SCtum trebell.* cujus ratio esse videtur, quia id, quod ex una detraheret, in alteram imputare teneretur. *l. 9. ad leg. falcid. l. 30. Cod. de inoff. test.* Hoc, ex canonici juris dispositione, de casu, ubi fideicommissum pure relictum, intelligendum dicunt, non autem si sub conditione rogatus est, ex celebri dispositione *cap. Raynutius & cap. Raynaldus de testamentis*; tunc enim utriusque quartæ deductionem filiofamilias ex hoc jure indulgeri. Verum distinctio hæc inter fideicommissum purum & conditionatum, quæ moribus invaluit, nullo plane juris fundamento nititur; potius itaque dicendum, in utroque casu filium ad deductionem duplicis quartæ ex jure canonico esse admittendum. V. ANT. FABER *dec. XI. de error. pragmat. errore VII. C. V JAC. lib. VIII. observ. c. 5.* Neque aliter disponere jus civile, *arg. l. 32. de inoff.*

§. XXIX.

Examinavimus hactenus casus, in
quibus personæ prohibitæ fuere, be-
nefi-
Q 3

inoff. testament. EMANUEL COSTÆ *in rep. cap. si pa-
ter de testament. in 6.* videtur. Unde eo magis JCto-
rum convitia, quibus hanc dispositionem execran-
tur, & Principum, Regumque terris ejiciendam
censent, ut MATHEACIVS *de via & ratione juris*
lib. II. c. 25. loquitur, absque ulla ratione prolata es-
se videntur. Ego in re trita, quæ addam, non ha-
beo, conf. HOTOMANNVS *illust. quæst. 43.* VIN-
NIUS *lib. II. select. cap. 29.* qui rationes utriusque
partis examinat. Adde PARLADORIVM *rer. quotidian.*
l. I. c. 2. Aliud problema est, an heres fiduciarius, qui
inventarium condere neglexit trebellianicæ deductio-
ne excidat? Affirmat *l. ult. §. pen. Cod. de jur. deliber.*
Nov. I. c. I. §. I. & ex his l. l. Doctores varii, ut VIN-
NIUS *select. quæst. lib. II. c. 29.* EVERHARDVS *in topi-
cis loc. 34.* & CONCENNATIVS *lib. III. quæst. CXIII.* qui
multis disputat, hic falcidiæ nomine etiam trebellia-
nicam comprehendit; negat DESIDERIVS HERALDVS
de autorit. rer. judicat. lib. II. c. 2. & ZOANNETTVS
rerum quotidian. cap. 24. n. 5. verum Heraldii ratio-
nes conjecturis innixas, si quis Vinnii argumenta
ponderaverit, facile pessumdabit. Certe ratio fimi-
lis regulariter effectum quoque similem operatur,
Sunt præterea alii casus, ubi quartam non detrahit
fiduciarius, v. g. si testator, trebellianicæ loco, rem
singularem fiduciario relinquit, dato coherede uni-
versali *l. quoties Cod. de hered. instit.*

neficiū legis, de trebellianicæ deductione, in suos convertere usus: reliquum ergo est, ut paucis dispi-
ciamus, quibus modis definat trebel-
lianica, & in quibus casibus, jus fidu-
ciarii heredis, locum habere, non pos-
sit. (*)

§. XXXI.

(*) Cessat trebellianica variis modis. I. Si testator expres-
se prohibuerit, ne heres quartam detrahat. Casum
proponit, & decidit JUSTINIANVS in l. 36. §. 1. de
inoffic. testam. his verbis: *Sancimus itaque, quartæ qui-
dem partis restitutionem jam nunc celebrari, non ex-
pectata nec morte heredis, nec temporis intervallo: re-
liquum autem, quod post legitimam portionem restat,
tunc restitui, quando testator disposuit. Sic enim filius
habebit portionem integram, & qualem leges, & no-
stra constitutio definivit.* Adde Novell. I. c. 2. §. 3. &
aut. testator Cod. ad leg. falcid. Potest enim pater
omne id, quod filio relinquit, præter legitimam, quæ
absque ullo onere & restitutione manere debet, gra-
vare l. 30. Cod. de inoff. testam. Nec obstat huic as-
serto l. 6. Cod. ad SCtum trebell. Nam hæc non agit
de prohibitione trebellianicæ, sed quod non amplius
liberi in trebellianicam imputare debeant fructus
interim perceptos &c. FABER de erroribus pragmat.
decade II. err. VII. Jure antiquo, nullam detractio-
nem prohibere potuit testator, ut testatur SCÆVO-
LA lib. 6. fideicom. in l. 27. ad l. falcid. JULIANVS
in l.

§. XXX.

Cum ita in rebus humanis comparatum sit, ut nulla plane res absque certo fine possit consistere, ad quem tendat, vel cujus gratia sit introducta, & nihil præterea magis in rei alicujus naturam cognoscendam, quam ultimam

in l. 68. l. c. & VLPIANVS in l. i. §. 19. ad SCt. trebell. quamvis olim quoque vetari potuisse existimet HOTOMANNVS lib. VII. obs. 13. motus l. 32. §. pen. in fin. ad l. falcid. quæ tamen huc trahi non potest, quoniam ibi de fideicomm. singularibus sermo est. Illud observandum est, quæ supra de prohibitione paterna trebellianica locutus sum juxta HOTOMANNVM ad liberos primi gradus extendi non posse, quem refellit ANT. FABER de error. pragmat. lib. II. err. 6. & 8. Cessat præterea trebellianica in illo; qui coactus adiit hereditatem l. 14. §. 4. l. 27. §. 2. & 14. ad SCtum trebell. BRENKMANN, in eurenaticis cap. VIII. in fine. Desinit porro, si testator totam hereditatem restituere jubeat l. 68. §. ult. ad SCtum trebell. item si heres privaretur hereditate, quia neglexerit adimplere disposita a testatore. §. si quis autem non implens authent. de hered. & falcid. Æque detractio expirat, si heres ex errore juris trebellianicam non detrahit, aut sciens negligit, tunc enim creditur, juri suo renunciasse. Conf. ALTHVSII jurisprudentia romana lib. I. cap. 21.

mam ejus metam dignoscere, ducat, de fiduciariæ restitutionis fine solliciti erimus. (*)

§. XXXI.

(*) Ridiculum plane finem fideicommissis præfigit FORTVNIVS GARCIA *de ultimo fine utriusque juris in tom. I. tractatus tractatum.* & PETR. ANDREAS GAMMA *de excellent. leg. n. 15. & 42.* veram scilicet æternamque felicitatem, civibus reipublicæ procurandam: verum commenta hæc eruditissime refellit PETRVS DE MARCA *de concordia sacerdot. & imp. lib. II. c. 10. n. 2. p. 81. edit. BALVZII;* fateor, inquit, hoc esse præcipium discrimen inter canonum decreta, & leges publicas, quod illa unicuique Christiano æternam felicitatem quidem parent, & ad eum finem instrumenta accomodata subministrent; hæ vero reipublicæ pacem, & singulorum civium, quatenus sunt membra reipublicæ, promoveant. Nec, pœnæ causa, constituta esse fideicommissa, probant verba VLPIANI *in fragm. lib. XXV. §. 13. ap. SCHVLTING. p. 663.* Duplicem autem finem pro diversa fideicommissorum indole statuendum esse, censeo. Alia enim eorum primis temporibus erat ratio, alia deinde esse cœpit. Primum fideicommissa adinventæ fuisse, ut juris civilis rigorem circa hereditates eliderent, C. I. monitum fuit. Deinde autem, potissimum in conservationem familiarum, & ut ultima demortuorum elogia, juri conformia, ubique salva manerent, obtinuerunt. Conf. GORASIVS *de jure civili in artem redi-*

§. XXXI.

Heres fiduciarius, & fideicommissarius communiter, ad onera ferenda, quisque pro parte ex hereditate accepta concurrunt; is enim onera subire compellitur, in quem jus fructusque transferuntur *l. l. §. cum autem ad SCtum trebell.* (*) non vero fideicom-

redigendo lib. I. c. 21. HOPPER. de arte juris lib. II. cap. fin. LUDOV. PELLEGR. CAMUTENS. in consuetat. ANT. MASSA GALES in eleg. op. de exercitat. jurisperit. lib. I. n. 26. & 40.

- (*) Conf. JAC. CONCENNATIVUS *quest. lib. IV. cap. 5.* Heres, restituta hereditate, pro quarta adhuc tenetur creditoribus, quoniam pro quarta, quam retinet, proprie est heres. JULIANUS *lib. XL digest. in l. 27. ad SC. trebell.* Casum proponit Celsus *in l. 2. b. t.* Hinc etiam inter heredem, & inter fideicommissarium judicium familiæ erciscundæ competit. ULPIANUS *in l. 2. §. 4. fam. erciscund.* MERCERIUS *lib. II. opin. c. 25.* Alia fiduciarii onera sunt, ut legata præstet, æs alienum solvat, & similia, quæ tamen, facta restitutione, cessant. Illud monendum adhuc, si heres integram hereditatem restituere jussus est, eum ad onera hereditaria non teneri. JULIANUS *in l. 27. §. 7. ad SCtum trebell.* Culpam fiduciarius non præstat nisi

commiffarius onera cum fiduciario
partitur, nifi hereditas ex SCto fuerit
reftituta *l. I. in § ad S. C. trebell. (**)*
§. XXXII.

nifi latam, five, ut NERATIVS eam vocat, dolo
proximam VLPIANVS in *l. 22. §. 3. ad SCtum tre-*
bell. cont. CHARONDAS *lib. II. ΠΕΙΘΑΝΩΝ c. 3.* qui
hanc legem cum *l. 24. ad leg. falcidiam* conciliat, &
GABRIEL VALLVS *ad leg. Gallus §. 5.* & præ-
cipue GREG. LOPEZ *animadvers. jur. civ. c. 17.*
ACCVRSIVS quidem Vlpianum loqui existimat de
culpa, quam heres in rebus suis adhibere consueve-
rit, five magna fuerit, five exigua: verum vapulat
ab ANT. FAB. *de error. pragmat. decad. LXX. est I.*
p. 4II. Si heres ante diem reftitueret hereditatem,
teneretur actionibus, nec transfirent. Rationem
GAJVS proponit in *l. 10. ad S. C. treb.* quia non ita
reftituitur hereditas, ut testator rogavit. Sed ad fi-
deicommissarii onera transeo, quibus, reftitutis ex
testatoris voluntate commodis, fit obnoxius. Ita tran-
sit æs alienum *l. 1. §. 2. b. t. legata, & fideicommissa*
proportionem competentem l. 1. §. ult. l. 2. & l. 2. Cod.
b. t. Actiones *l. 1. de quibus infra peculiari §. agen-*
dum. Alia onera, quæ sub his comprehenduntur, e-
numerare superfedeo. Commoda quoque, quæ
utrumque fequuntur, facile ex oneribus addifcas.

(**) Patet hoc ex verbis SCti. *placet ut actiones, quæ in*
heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos,
neque his dari, qui fidei suæ commissum, sicuti ro-
gati essent, reftituissent: sed his, & in eos, quibus ex
testa-

§. XXXII.

Ea, quæ hætenus dicta sunt, heredem, qui restitutionem ex voluntate testatoris fecit, respiciunt: si vero mo-

R 2

rem

testamento fideicommissum restitutum fuisset. Libet hic, aliqua de partitione onerum inter fiduciarium & fideicommiss. subnectere. Vterque pro competente portione suscipit onera, ut supra monitum: verum id intelligendum est de ære alieno; quod ad legata enim attinet, partitur pro rata illius, quod heres ultra quartam trebellianicam consequitur, si uterque in parte hereditatis dimidia institutus sit. **PAVLVS l. 19.** Casum vero eleganter proponit **VLPIANVS in l. I. §. 20. ad Sctum trebell.** Compre- hendit æs alienum sub se legitimam. **VLPIANVS l. 8. §. quarta de inoff. testam.** non vero legata & fidei- commissa particularia; unde etiam in quarta nulli ex his obstringitur **VLPIANVS in l. I. §. si is qui qua- draginta.** Adde *l. 5. b. t.* minuit enim quarta tam fi- deicommissum universale, quam particulare. Ut habet casus in *d. l. 5* propositus, si heres, retenta aliqua re singulari ex hereditate totum ex voluntate testa- toris restituit, reliquum hoc casu nec tenetur credito- ribus, nec legatariis, nec de detractionibus cum eo agendum est *l. I. §. si heres ita MARCIANVS lib. IV. institut. in l. 29. §. 3. ad S. C. trebell.* multum interest, utrum quæ pars jure hereditario retineatur, an vero in re, vel pecunia; nam superiore casu actiones dividuntur
inter

rem gerere recusaret, eum vi compelli posse per prætorem, supra monitum est. Illud addendum, heredem, qui se fideicommissio liberare detrectat, de mora teneri, & usuris moræ obnoxium fieri. (*)

§. XXXIII.

inter heredem & fideicommissarium, posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones. Interest autem multum, quoad contributionem legatariorum in deductionem legitimæ & trebellianicæ; nam legitima non minuit legata, si ex residuo potest commode detrahi: trebellianica vero minuit, pro competente portione, legata particularia, & fideicommissum universale: ratio differentię est, quia legitima deducitur ut æs alienum; æs alienum autem non sequitur legatarios; trebellianica autem non detrahitur tanquam æs alienum, sed legis beneficio, ut heres ad adeundam hereditatem invitetur §. *sed quia institut. de fideicommiss. hereditatibus*. Difficilem casum in l. 57. de legat. I. cujus sit, rem pignori datam, si fideicommissio relinquatur, luere, examinat VAN DER WAT-TER *obs. jur. rom. arg. lib. II. c. XIII.*

(*) Lex, hoc constituens, desumpta est ex PAULI lib. II. *resp in l. 14. de usuris.* ubi his verbis respondit: Paulus ob moram in solvendo fideicommissio factam, partus quoque ancillarum restituendos. & eleganter HERMOGENIANVS lib. VI. epitomatorum in l. 3. §. *fin. de usuris.*

§. XXXIII.

Aliud adhuc remedium, quo fideicommissario adversus heredem,
R 5 mo-

usuris. Ratio hujus est, quæ legata & fideicommissa, quod ad usuras attinet, a bonæ fidei judiciis non separantur. Ita *Divus Pius* rescripsit in *l. 17. §. 3. de usuris.* NOODT *de fœnore & usuris lib. 41. c. VII.* Graviter olim contendebant Jcti, de usuris moræ in legatis fideicommissisque præstandis. Negat deberi CAJVS in *fragment. lib. II. tit. VII. §. 8.* Affirmat PAVLVS *sentent. lib. 3. tit. ult.* Cajum interpretatione mitigare, annititur NOODT *l. c.* conciliare vero tentavit ALEANDER *ad Caji l. c.* SCHVLTING *p. 229.* existimat, hic superesse insignem differentiam inter legata, & fideicommissa, quod in his ex mora usuræ, & fructus, in illis vero non usuræ, sed duplum, si per damnationem relicta sint, debeantur. Hodie usuras moræ deberi, certum est. Conf. DOMINICVS AVLISIVS *de mora cap. 2.* NOODT *l. c.* Ex quo tempore vero currere incipiant usuræ moræ, nedum convenit inter Jctos. Sane Imperator PIVS in *l. 32. de usuris* rescripsit: *an mora facta intelligatur neque constitutione ulla, neque juris autorum questione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris.* CHARONDAS *lib. I. verisim. c. 12. & lib. III. c. 10.* HOTOMANNVS *lib. II. observat. c. 12.* Nec mirum proin, quod, in tanta legum diversitate, ipse summus juris Antistes CVCJACIVS

varias

moram in restituendo neſtentem, ſub-
 veniri poſſit, ſuggerit *PAVLVS recept.
 ſententiarum lib. IV. tit. I. n. 17.* Cui ab
 herede fideicommiſſum non præſta-
 tur, non ſolum in res hereditarias, ſed
 & in propria heredis introducitur. (*)
 §.XXXIV.

varias diverſis in locis opiniones propugnaverit,
 monente *MERILLIO in variantibus ex Cujacio lib. II.
 cap. 8.* Conf. *OSIVS AVRELIVS in diſpunctore diſ-
 punct. 22.* In judiciis bonæ fidei plerumque, a tem-
 pore litis conteſtatae, currere incipiunt uſuræ moræ.
*l. I. 2. 4. & fin. de uſur. & fructibus legat. CORA-
 SIVS miſcellan. lib. II. cap. 6. & 7.* verum ut ob-
 ſervat *NOODT d. l. III. c. 7.* Hæc ad factum attem-
 peranda ſunt, neque ſic accipienda, quaſi uſuræ
 nunquam ante litem conteſtatam debeantur. Con-
 ſtituitur autem mora, *cum poſtulanti non datur.* *PAV-
 LVS lib. III. ſentent. §. ult.* ſi interpellatus quis non
 ſolverit *GIBALINVS de mora. FORCATVLVS de
 mora par. I. n. 10. ſeq.* Si dies expreſſus advenerit
HERMENOPVLVS III. περὸς 3. ſi conditio impleta
 fuerit. *GVSBERTVS de mora cap. IV. n. 43. ſeq.* Alios
 caſus habes ap. *AVLESIVM de mora cap. 2.* *FERRE-
 TVM, LEOTARDVM, HOTOMANNVM,* qui de
 mora ſcripſere *NOODT de fœnore & uſuris
 lib. III. cap. IX. & X. CVRTIVS unaſov. ad fratrem
 lib. II. c. 20.*

(*) Alio nomine hoc remedium miſſio in rem vocatur.
 Hanc

§. XXXIV.

Varii autem modi erant, quibus fiduciarius, & fideicommissarius dubia, circa restitutionem orta, deferrebant. Singula ordine recenserebimus. I. Actiones directæ manent apud fiduciarium (*) & utiles habita portio-

Hanc quidem sustulit Justinianus, ut observat SCHULTING ad d. PAULI locum, neutiquam vero illam missionem, quæ decernitur ob non præstitam cautionem *tot. tit. ff. & Cod. ut in possess. legat. vel fideicomm.* ubi præcipue lex quinta missionis hujus modum præscribit, commoda vero pertractat OROZ *de apicibus juris lib. IV. cap. 8. & 9.* Cautio hæc involvit, ut heres in fideicommissis conditionalibus vel in diem relictis fidem faciat, se conditione existente, vel die veniente, fideicommissum bona fide præstare velle. *l. 1. pr. b. t.* Neque hic possessio immobilium a cautione liberat *l. 1. §. 1. Conf. ANT. AUGUST. emendat. lib. 1. cap. 2. JOH. LEVENCLAVIVS notator. l. II. n. 77.*

(*) Ita sententiam tulerunt autores S. CTI TREB. in §. IV. *Instit. b. t.* Post hoc S. Ctum prætor utiles actiones ei, & in eum, qui recepit hereditatem quasi heredi & in heredem dare cepit. Recte ait prætor; non enim senatus jus habet improbandi actiones civiles, ut ostendit BRECKMANN in *eurematicis Modestini cap. III. §. 4.*

portione quartæ, quod reliquum, ad fideicommissarium transit, nisi ille iussus sit, certa re esse contentus, tunc enim habet rationem legati. §. 9. *Instit. de fideicomm. heredit.*

§. XXXV.

Competit fiduciario heredi interdictum, *quorum legatorum*, aduersus legatarios fideicommissariosque, qui pro-

§. 4. n. 7. p. 53. Oritur hic quæstio, an actiones ipso jure, an per restitutionem acquirantur. Examinat CONCENNATIVS lib. III. quæst. XIII. cujus tamen falsa est sententia, ut supra contra VAVDVM disputatum. Si temporalis actio relicta sit in hereditate, quam heres institutus, alteri restituere, rogatus est, tempus, quo experiri heres ante restitutam hereditatem potuit, imputabitur ei, cui restituta fuerit, inquit POMPONIVS in l. 70. §. ult. ad SCtum trebell. Conf. FABER de error. de error. pragmat. decad. LXX. err. III. p. 416. Sunt autem directæ hæ actiones, velut cicatrices efficacium actionum, unde etiam obligatio inanis dicitur, quæ restituta hereditate heredi, & in eum competit. PAPINIANVS lib. VIII. quæst. in l. 95. §. 2. de solut. PETRVS PANTOJA DE AJALA in comm. ad l. fin. Cod. de aleator. n. 50. p. 1078. thes. Otton. t. IV. CHIFLET lib. IV. de f. fid. c. 6.

propria autoritate testatoris beneficia sibi vendicant (*) exceptione restitutæ hereditatis tuetur se adversus eos, quibus ære alieno obstricta est hereditas: (**) & si quid solverit, illud utili negotiorum gestorum actione repetit a fideicommissario (***) & si quæ sunt aliæ. (****)

§. XXXVI.

Fideicommissario universali duo
S potis-

(*) E jure antiquo quidem hoc interdictum adversus legatarios tantum dabatur, ut patet ex epigraphe tituli: verum Justinianus, perfecta legatorum fideicommissorumque exæquatione, hoc interdictum quoque ad fideicommissa singularia extendit.

(**) JULIANVS in l. 27. §. 7. ad SC. trebell. qui ex trebelliano SCto hereditatem restituit, sive a creditoribus hereditariis, sive ab eo petatur: exceptione restitutæ hereditatis adjuvari, vel summoverti potest.

(***) V. l. 2. de negot. gest. l. 1. Cod. ad SCtum trebell. & ad eam ACCVRSIVS & DONELLVS n. 4.

(****) Possent certo respectu in hunc censum referri rei vindicatio, actio publiciana, interdictum quorum bonorum, actio ex testamento: verum hæc aliena sunt ab instituto nostro, & non nisi ex benigna interpretatione, & certis casibus fiduciario debentur.

potissimum competunt remedia, fideicommissaria scilicet hereditatis petitio, qua hereditatem sibi ex SCto delatam a quovis alio pro-herede vel pro-possessore possidente repetit: (*) & extraordinaria fideicommissi persecutione, qua adversus heredem fiduciarium expetitur. (**)

§. XXXVII.

(*) NOODT *in comment. ad π ad h. t. p. 189.* putat, prætorium hoc beneficium etiam utilem hereditatis petitionem, ex mente VLPIANI *in l. 1. de fideic. hered. petit.*, dici posse. Edicti verba ita concepta fuisse videntur: Si hereditas petatur, EI, CUI EX SCTO, EX QVO ACTIONES TRANSEVNT, EA RESTITUTA ERIT, ADVERSUS EVM, QVI PRO HEREDE, PROVE POSSESSORE POSSIDEBIT, JUDICIUM DABO, VT RESTITVATUR.

(**) Ita vocatur *in l. 178. de V. S.* in qua VLPIANVS §. 2. persecutionis verbo extraordinarias persecutiones contineri, ut puta fideicommissorum, affirmat. Hanc quoque persecut. intelligit PAVLVS *sentent. lib. IV. tit. III. n. 51.* ubi inquit: *Fus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit.* Et cui consonat VLPIANVS *in fragm.* Subin etiam nomine actionis ex SCto trebell. venit. Conf. VACONIVS *declarat. juris lib. IV. cap. 57.* Datur hæc actio fideicommissario

§. XXXVII.

Tandem ad modos, quibus fideicommissa vires amittunt, me conferam. Quibus solemne est, legatorum naturam in ademptione imitari. Duplici autem modo hæc ademptio fieri potest, aut enim verbis testator mentem suam indicat (*) aut ex fa-

S 2

Etis

rio adversus fiduciarium, ut sibi detracta quarta, aut re singulari contentus, reliquam hereditatem restituat. Sed quo jure fideicommissa ante Justiniani imperatoris constitutionem peti solita sint, an actione in rem, an judicis officio, examinat WATHER miscellan. ad jus pertinent. lib. I. cap. 35. Tandem adjiciam fideicommissum per formulam peti nequivisse SCHULTING p. 662. jurisprudence antejust.

- (*) Huc spectant NUDA VOLUNTAS l. 3. §. XI. de adimend. vel transf. legat. vel fideicommiss. JOH. AVRPACHIVS epist. juridicarum lib. IV. ep. 5. & quidem tam expressa, quam tacita voluntate ademptio fieri potest. Vide RÆVARDVM in comment. de diversis reg. jur. p. 187. ubi elegantia habet; REVOCATIO l. 19. Cod. l. 4. de adimend. vel transfer. legat. l. 22. de leg. III. in qua elegans HERMOGENIANI ratio: Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Aliud est, si pacto constituatur fideicommissum. Latius hanc questionem, an quis ultima voluntate constituere possit,

Etis (**) colligitur, quod fideicommittens voluntatem benevolam erga oblique substitutum mutaverit.

§.XXXVIII.

possit, ne a facto fideicommissio recedere velit, pertractant: *CVJACIVS observ. lib. IV. cap. 7. SARMIENT. lib. III. select. cap. 14. RENVNCIATIO seu REPVDIATIO. VLPPIANVS in l. 44. §. de legat. I. Jungendi ad h. l. PINELLVS lib. I. select. cap. 5. JOSEPHVS DE RETES in opusc. cap. 6. Cujus ratio est in l. 79. de reg. jur. in qua PAVLVS ait: Invito beneficium non datur. CESSIO in fideicommissis singularibus, & in universali fideicommissio obtinet, ut permulti etiam magni nominis JCTi perhibent. Omnium loco jam nobis, MOLINÆVM consil. I. n. 6. citasse, sufficiat: Contrarium quidem ANTONIVS FABER, qui etiam suæ doctrinæ non unos habet socios, defendere allaborat. Videlicet conject. lib. 5. c. 7. & lib. 18. & error pragmat. decad. XXXI. error. Viam sibi sternit canone, quicquid est transmissibile, est cessibile & contra, scilicet quod non potest cedi, non potest transmitti, jam vero; fideicommissum non posse cedi, probat l. 59. §. 1. de jure dot. Verum enim vero videtur regula illa non esse universalis, e. g. res litigiosa non potest cedi, potest tamen ultima voluntate transmitti, quoniam hic animus, exagitandi adversarium, abesse præsumitur. Sed ponamus canonem istum sine limitatione esse; inde tamen non sequitur, FABRI sententiam recte sese habere.*

§. XXXVIII.

Sunt adhuc aliæ species, quibus
 S 3 fidei-

habere; nam ad legem illam variis modis responderi potest: primo dici potest in illa casum esse, ubi fideicommissarius, antequam sibi restitutio facta, jus suum, in contemptum quasi voluntatis disponentis, cedere vult; deinde in dicta lege non dicitur, quod universale cedi non possit fideicommissum, ita ut cessio sit non valida, sed tantum cessionario: compellere non posse heredem, ut vi cessionis sibi restituat hereditatem, sed actionem a fideicommissario institui debere, qui deinde illud, quod restitutum accepit, cessionario præstabit. NICOLAUS DE NOALIS *de transmissione cas. II. n. 32.* Atque huc quodammodo ipse Faber inclinari videtur. Atque hoc verba legis satis manifestum reddunt: *Vereor*, inquit ibi MARCELLVS, *ne sit obligatus; nam mulieri in hoc tenetur, ut hereditatem restituendo, transferat actiones, & quas habet, & quibus est obstrictus, quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommissum non potest.* Immorabimur adhuc paululum examinandis fabri assertis, in compendio tamen. Quæ pro differentia hic inter fiduciarium & fideicommissarium affert, argumenti, quod ei adversatur, vim non infringit; hic enim non ad interesse, ut loquuntur, quod fideicommissarius habet, an ei per fiduciarium, an per ejus heredes restituatur, sed ad voluntatem fideicommissum constituentis, qui ex interpretationis æquitate non solum fideicommissa-

fideicommissa intereunt, quæ certo
respe-

missario, sed & ejus heredibus bene cupivisse creditur, respiciendum; alias haud dubie fideicommissio clausulam, quod fideicommissarii personam excedere non deberet, adjecisset. Deinde quis fidem dabit, ea, quæ tantopere Faber in l. 9. §. 2. pro sua sententia urget, non æque a Triboniano ac alia sphalmata, quæ Faber *lib. 18. conjecturarum* notavit, inducta. Nec sine ratione est, quod Bartolus ad hanc legem asserit, in ea casum esse, ubi fideicommissarius sine heredibus mortuus est. Nam non semper leges pandectarum, quæ non nisi frustula sunt veterum jureconsultorum de jure commentariorum misere lacerata & male sæpe disposita, restrictiones, quæ adponi debebant, referunt. Sufficit eas, ex juris analogia & interpretationis regulis, ut antinomiae evitentur & æquitas servetur, implicite adesse. Neque tollunt dubium, quæ Faber ad se ab objectione, heredem in omne jus defuncti succedere, liberandum, proponit. Magis autem adhuc vacillat responsio ejus ad argumentum contrarium: Si fideicommissi sub conditione aut die relictæ, dies cedat, si conditio impleta, aut dies venerit; sequitur, fideicommissi puri diem illico, ex morte fideicommissum instituentis, cedere. Nam distinctio, ad quam confugit, inter fideicommissum universale & singulare eum non juvat, quoniam leges 21. C. de fideicommissis & l. ult. C. *quando dies legat.* quas pro sua allegat sententia, aperte de fideicommissio universa-

respectu neque ex testatoris, neque
ex

versali loquuntur. Et profecto ex eo, quod in leg. ult. cit. legati & fideicommissi conjunctim mentio injiciatur, magis colligendum, ibi de fideicommisso universali agi, quum alias non necessum fuisset, vocabulum fideicommissi adjicere, quia inter fideicommissa singularia & legata perfecta facta sit æquiparatio. Tandem vim textui inferunt, qui statuere audent, per verba: *ab avo relicta* fideicommissum singulare argui. Plura hujus argumenti non addo, cum supra jam tum de eo actum sit, & brevitati sit studendum, ne dissertationis limites transgrediamur. Id saltem adhuc monendum, licet nobis sententia, quod fideicommissario statim, a morte fideicommittentis, jus, quod ad heredes transmitti queat, juxta Pandect. & Cod. effata, exoriat, verior videatur: attamen non probari, quæ FABER *conject. lib. V. c. 7. p. 213.* habet, *Novellam* I. in qua dicitur, si heres adire hereditatem nolit, liceat adire fideicommissario, neque per heredis manus restitui eam, necesse sit, loqui tantum de casu, ubi heres adire hereditatem spernit, non autem ubi eam sponte adit; nam sufficit, ex allegata Novella liquido constare, non necessum esse, ut fideicommissario præcise per manus fiduciarii restitutio sit facienda, si transmissio locum habere debeat. Fideicommissa adimendi modos, ut puta per transactionem, pactum compromissum, & similes, cum nullam patiantur difficultatem, prætermitto.

ex fideicommissarii facto proveniunt.

Hujus

(**) Varie ex factis fideicommissi ademptionem conjici-
 es. Exemplum suppeditat **VLP IANVS** in l. 3. §.
fin. in qua scribit *etiam inimicitias interpositis adem-
 ptum videri fideicommissum*, si fuerint *graves & capi-
 tales*. Capitales inimicitias dici putat **RÆVARDVS**
de divers. reg. jur. p. 187. & lib. V. var. l. 15. quæ in-
 dictæ & renunciatae fuerint, adeoque sanguinem, &
 cædes spirarent, juxta illud **SENECÆ** *declamat. lib.*
*10. ne viva quidem uxore per omnia conveniebat, mor-
 tua inimicum professus est.* **SVETONIVS** in *Claud.*
*Germanicum Pisoni amicitiam renunciasse atque dome-
 sticis ultionem mandasse*, scribit. Nec id videtur i-
 gnorasse **SIDONIVS APOLLINARIS** *qui epist. lib.*
III. scribit inimicitias indictas honeste exercet, tarde
credit, celeriter deponit. Add. **CICERO** *pro Lucio*
Flacco **VAL. MAX.** *lib. IV. & ARNOBIUS lib. II.*
contr. gent. Ita interpretor illud **TACITI**, siue quis-
 quis alius author sit *dial. de Oratoribus c. 36. assigna-
 ta etiam domibus inimicitiae.* Præsumitur quoque ex
 facto fideicommissum remitti, SI FIDEICOMMISSA-
 RIVS ALIENATIONEM SVBSCRIPSERIT. Nec
 enim rem nec pretium amplius persequi poterit l.
*quoties ab omnibus Cod. de fideicomm. l. nihil §. omni-
 bus de legat. 1. l. codicillis §. insulam de legat. 2. CON-*
CENATIVS *lib. II. quæst. cap. 6. n. 8. seqq.* Exceptio-
 nem v. ibidem n. 12. & 13. SI TESTATOR REM
 ALTERI DONAVERIT l. 16. *de adim. vel transfer.*
legat. si fideicommissarium PESSIMVM HOMINEM
 DIXE-

Hujus exempla sunt I. rei interitus (*)
 II. ejusdem mutatio, (**) III. si fi-
 deicommissum præscribitur (***) IV.
 T si

DIXERIT *l. 13. b. t.* SI FIDEICOMMISSVM RE-
 SCIDIT VEL INDVXIT *l. 16. & 17. b. t.* Refer huc
 omnem modum quo testator beneficium suum adi-
 mere, aut fideicommissarius oblatam hereditatem
 recusare potest.

(*) Notissima hæc juris regula hic locum habet, debito-
 rem interitu rei ab ejus præstatione liberari, teste
 VLPIANO *in l. 22. §. 3.* & PAPINIANO *in l. 88. §.*
6. ad SCtum trebell., ut si unionem legatum solverit,
 perimitur *l. 6. pr. de auro & argent. leg.* intellige, si
 aceto diluit ac liquefecerit. BRISSONIVS *lib. II. an-*
tiquit. cap. 10. SALMVTH. *in not. ad lib. 1. Pancirolli*
de reb. deperdit. p. 39.

(**) Scilicet si forma rei mutatur, ut si navis dissoluta
 sit, ut nec materia debeatur *l. 88. §. 2. de legat. III.*
 DD. dissensus circa mutationem collegit HILLI-
 GER ad DONELLVM *lib. VIII. c. 18. p. 655.*

(***) Certum est, ante restitutam hereditatem nihil a fi-
 duciario adversus fideicommissarium præscribi, mala
 fide enim præscriptio irritatur, præterea fideicom-
 missario non valenti agere, nulla præscriptio currere
 potest. *arg. l. 1. §. ad hæc Cod. de ann. except. l. 1. Cod.*
de

si indigno aufertur (****) V. si caducum fideicommissum fisco cedit (*****) & tandem. VI. si quis reli-

de bon. matern. verum post delatam hereditatem longissimo tempore præscribitur, & quoniam jus fideicommissarium & inde fluens actio ex fundamento personali oritur, hæc præscriptio omnes actiones personales, reales, mixtas, & officium judicis perimit *l. cum notissime l. si quis emptionis & l. omnes Cod. de præscript. XXX. ann.* An mala fides hic quoque impediatur præscriptionem, controversum est, sunt, qui distinctione evadere tentant: verum juris Canonici dispositione in hac materia, absque ulla interpretatione, rem confici existimo, quæ bonam fidem in omni præscriptione absolute requirit.

(****) Indignis auferri hereditatem per fiscum *toto tit. de his, quæ ut indignis auferuntur*: constat. Causæ vero, quæ indignum reddunt fideicommissarium, sunt: Si mortem defuncti non ulciscatur. *PAVLVS l. 21. vel ejus judicium oppugnaverit PAPINIANVS l. 24. Si culpa sua moreretur testator. MARCIANVS in l. 3. si infaustas voces adversus testatorem jactaret. VLPIANVS l. 9. §. 1. si testamentum impugnaverit PAVLVS l. 19.* Exempla habet *GROTIUS in flor. sparsione ad h. t. OROZ lib. V. de apicibus juris cap. 1. ÆRODIVS in π. rer. judicat. V. tit. 10.*

(*****). Caduca ita describit *GLOSSA. vet. & nov. testam. Cadu-*

religionem ingreditur. (*****)

T 2

CAPVT

Caduca bona definiuntur res damnatorum, facultates, quæ successorem legitimum non habent. Causas lex caducearia, siue de caducis ærario deferendis, explicat. v.g. Si quid peregrino relictum, si heres ante aditam hereditatem, ante tabulas apertas, si vivo testatore decedat. Olim lege Papia deferebantur caduca populo vlp. tit. 28. §. 7. TACITVS annal. lib. III. c. 25. Postea ex constitutione Antonini fisco delata sunt vlp. tit. 17. §. 1. JUSTINIANVS vero l. un. Cod. de Caduc. toll. ea abrogavit. Conf. de caducis GUTHERVS de offic. dom. augustæ lib. III. c. 25. BULLINGER. de vectigalibus pop. Rom. c. 74. & quæ de caducorum delatoribus annotavit BRECKMANN de L. remmia, & de fatis calumniatorum c. 1. & 2.

(*****) Varii autores, argumentis non levibus probant, ingressu in religionem tolli fideicommissum, I. quia factionem testamenti non habent monachi aut. ingressi aut. mulier Cod. de SS. ecclesiis. Concilium oxoniense temp. Honorii III. can. 47. MARCINVS lib. I. gen. cap. 122. VIVAR. de veteri monach. lib. II. cap. 5. BOSQVETVS ad Innocent. lib. I. ep. 95. quia mundo sunt mortui. S. BASILIUS in constitut. monast. c. 20. CASSIANVS lib. IV. Instit. c. 1. unde conversi dicuntur GREG. TVRON. lib. I. c. 33. GREGORIUS MAGN. lib. II. dial. de S. Benedicto. AVCTOR vit. S. Fulgensis c. 14. FAVSTVS in vit. S. Mauri, alique

que ap. Desid. Heraldum de autor. rer. judicat, lib. II. c. X. Affirmantes non solum varia a monachis condita testamenta producunt. Conf. THEOPHILVS tom. XV. in heterod. spirit. part. I. n. 4. Verum etiam ad JUSTINIANI sententiam provocant in l. ult. Cod. de SS. Eccles. in qua monachis hereditates capere concessit. — Junge Nov. 5. LEONIS unde gravissime conqueritur S. HYERON. in ep. ad Nepotianum de impietate eorum, qui monachos professione religiosa vivorum numero eliminatos, & omnium jurium inhabiles esse contendunt. Dispositione pontificia, & moribus in hac quæstione standum, arbitror. Ceterum, si quid humani in deproperato labore passus sum, illud æqui bonique consulas, velim amice lector, memor Pliniani illius, nos in ea ætate scribere, cui proprium est errare, & veritatem querere.



CAPVT III.

DE

FIDEICOMMISSIS FAMILIÆ.

§. I.

Non Romanis tantum solemne fuit,
N fastuoso cerarum ordine (*) vin-
dicatam a communi interitûs lege
T 3 glo-

(*) Ita metonymice vocabantur cereæ majorum imagines, quas ut ait VALER. MAX. lib. V. C. 8. ex. 3. ut eorum virtutes posterî non solum legerent, sed etiam imitarentur, in prima ædium parte ponere solebant. Describit eas PLINIUS lib. XXXV. C. 2. apud majores hæ imagines in atrîis erant, quæ spectarentur, non signa externorum artificum, nec ærea, nec marmorea. Expressi cera vultus singulis disponebantur armariis, quæ comitarentur gentilia funera. SALLUSTIUS de bello jugurthino p. 49. sæpe audiui Q. Maxumum P. Scipionem præterea civitatis nostræ præclaros viros solitos dicere: cum majorum imagines intuerentur, vehementissime sibi animum ad virtutem accendi. Scilicet non ceram illam, neque figuram tantam vim in se habere, sed memoria rerum gestarum eam flammam egregiis viris in pectore crescere, neque prius sedari quam virtus eorum famam atque gloriam adæquaverit. Conf. FIGREL. de stat. Rom. c. II. BERGIER de viis milit. v. 13.

gloriam æternitati transmittere, adhibitisque mediis omnibus gentilitiæ virtutis tesseras felici connubio familiæ jungere, stabilemque dicare. (**)
 sed

V.13.4. Ita funus imaginum frequentia illustre celebrant TACITVS *annal. lib. III. cap. 76. & lib. IV. c. 9.* LIVIUS *Epitom. lib. XLV III.* CICERO *orat. pro leg. agraria II. cap. I.* Hinc TRANQVILLVS *in Vespas. cap. VII.* Flaviam familiam dixerat obscuram, ac sine ullis majorum imaginibus. Indices erant adscripti ceris, hisce testis JUVENALIS *satyra vic. p. 278. edit. SCHREVELII.*

*Non tua majorum contenta est gloria fama,
 Nec quæris quod quaque index sub imagine dicat.
 queritur SENECA lib. III. de benef. cap. 28. qui imagines in atrio exponunt & nomina familiæ suæ longo ordine & multis stemmatum illigata flexuris in parte prima ædium collocant, non nobiles sunt, sed noti. Ad-*
dam illustrem Ovidii locum Cedro dignum
Quid imaginibus, quid avitis fulta triumphis
Atria, quid pleni numeroso consule fasti
Profuerint, si vita labat? perit omnis in illo
Gentis honos, cujus laus est in Origine sola.

(**) Non solo imaginum jure superbiebant Romani, alia quoque in partes conservandæ familiæ vocabant; adoptionem certe cupido gentilia nomina immortalitate donandi suavit Romanis. Conf. PANVINIUS *de nomin. roman.* Variis hanc in rem exemplis locuples

sed & alias quoque gentes similis in cognatum nomen ferebat amor. (***) Germani præcipue eam sibi dixerant legem,

ples testis HARDVINVS *de familiis Cæsarum*. Unde etiam Prætor conditionem nominis ferendi heredi a testatore impositam explere iussit in *l. 65. §. 10. ad Scutum trebell.* Meminit hujus moris inter Græcos PLATO in *Theagene*. Inter Latinos vero ÆLIUS LAMPRIDIUS in *Diadumeno & Alexandro Severo*. CÆLIUS RHODIGINUS *l. XIII. antiq. lect. c. 5. & 6.* ALEXAND. AB ALEXAND. *gen. dier. lib. II. c. 29.* Eadem ratio impulit Romanos ut fœminas ab heriscenda, cernendaque hereditate remotas vellet lata lege Voconia. V. PERIZONIUS *ad l. Vocon. p. 106.* VLPIANUS *reg. tit. 26.* PAULUS *lib. IV. sentent. tit. 8.* AVTOR *collat. leg. Mosaic. & roman. tit. 16.* Familiæ quoque videntur hunc in finem apud Romanos invaluisse. Fidem facit *l. 32. §. 6. de legatis 4.* cui explicandæ operam dant ALCIATUS *tom. V.* COVARRUVIAS *præct. question. cap. 36.* ZOANNETTUS *rerum quotidian. c. 17. l. 77. §. 27. ibidem.*

(***) Omnium loco Hebræos Græcosque adduxisse sufficiat qui sollicitè fœminarum successionem prohibuerant vid. *Gen. XXXI. v. 14. ubi CALMET in notis SEPHR. SIPHRI p. 48. BAVA BATHRA cap. 8. SELDENUS de success. ad L. L. Hebræorum cap. VIII. de Græcis THYSIUS in Collat. L. L. Roman. & Græc. hoc firmat.*

legem, ut partam avito sanguine gloriam in fera nepotum progenie, nec facultatibus imminutam, nec thoro degenere temeratam, conservarent, & tuerentur. (****)

§. II.

(****) Germanis innatum fuisse videtur nativum sanguinis splendorem servare incolumem. Hinc legibus, moribus, pactis, ultimis voluntatibus, matrimoniis, præcipue ad morganaticam conductis, primogenitura, majoratu, renunciationibus fœminarum & fideicommissis familiæ florem gentis suæ sustinere satagebant. KNIPSCHILD *de fideicommissis familiæ cap. I. n. 13.* MYLER AB EHRENBACH *in gamolopia c. 6. §. 36.* STRVVE *syntagm. jur. feudalis cap. 9. aphorism. 5.* PVFFENDORF *de F. N. & G. lib. 17. c. I. §. 36.* SELDENVS *de jure N. & G. lib. V. cap. 7.* Quo magis familiæ, aut ejus capita opibus florent, eo facilius necessitatibus, & splendori reipublicæ subveniri potest. ANDLER *in jurisprudent. public. & privat. lib. II. tit. 7. n. 13.* Hinc variæ inter Germanos leges conditæ mulieres a successione arcetes LEX SALICA tit. LXII. §. 6. cavit *ne ulla in mulierem portio hereditaria transeat* quod LEX RIPVARIA tit. LVI. effert hoc modo *cum virilis sexus exstiterit, fœmina in hereditatem aviaticam non succedat.* confirmat idem MARCVLFVS lib. II. formula X. & XII. LEX SAXONICA cap. 39. LEX ANGLICORVM

§. II.

Inter modos conservandi & augendi familiarum facultates fideicommissum familiæ (*) etiam referri jam-
 V jam

RVM *tit. VII.* denique SVECORVM DANORVM-
 QUE ap. STIERNHOECK p. 185. Alias leges idem
 constituentes ut *Normann. Visigoth. Burgundionum,*
Langobard. longo ordine recenset GUNDLING de re-
nunciatione heredit. fil. illustr. c. I.

(*) Familiæ vocabulum vario in significato apud auto-
 res latinos usurpatum occurrit teste VLPIANO l. 195.
 §. 1. *de V. S.* pro cœtu famulorum accipitur VLPIA-
 NO l. 1. *de vi & vi armata* VARRO lib. 1. *de R. r. c. 16.*
 CIC. *pro Cæcina c. 19.* KEVCHEN AD FRONTI-
 NVM *de aqueduct. p. 1657. tom. IV. thes. Græv. MO-*
 RESTELLVS *de feriis roman. dial. 18.* PIGNORIVS
de servis p. 41. Gladiatoribus quoque data appella-
 tio. THISIVS *de gladiator. p. 220.* Subin terram, uni
 familiæ alendæ sufficientem, notabat, medio præci-
 pue ævo ut ap. BEDAM lib. III. *histor. c. 3.* SIMEON
 DVNEAM. *in historia reg. Angl.* EADMERSVS ac
 STEPH. EBDIVS *in vita S. Wilfridi*, aliique ap. VOS-
 SIVM & PITISCVM. Sed hæc ad institutum no-
 strum non pertinent. Sufficit itaque nobis, dixisse,
 familiam hic denotare, qui fideicommissum institu-
 entes familiam continuare possunt. Atque sic elu-
 cescit foeminas hic excludi; earum enim liberi non
 sunt in familiis, quoniam qui nascuntur, patris, non
 matris sequuntur familiam. l. 196. §. 1. *de V. S.* Unde
 colli-

jam dictum. Est autem hoc translatio quædam (***) a constituyente illud ea lege facta, ut bona ad seniores, aut proximiores in familia secundum ordinem succedendi stabilitum, & in ea

colligunt J Cti, si appareat quodammodo, testatorem in suæ familiæ conservationem disponere voluisse, de familia non in genere, sed in specie fuisse locutum. PEREGRINVS *de fideicommissis art. 22.* MANTICA *conject. ult. volunt. lib. 8. tit. 12.* SVRDVS *consil. 247. n. 12.* JAC. MENOCHIVS *consil. n. 233. n. 16.* & *de præsumpt. lib. IV. præsumpt. 88.* Atque hoc quoque factum esse, multi asserunt, si fideicommissum instituens solos masculos vocaverit. Vid. LIMA *in addit. ad Molinam p. 222. seq.*

(**) Hujus definitionis membra ex subjungendis magis erunt in propatulo. Solet autem in Constitutione fideicommissi familiæ hæc adhiberi formula. Daß zu bester Auffnahm und Erhaltung des Geschlechtes Stamm und Nahmen des von N N. das Guth NN. bey dem Männlichen Nahmen und Geschlecht ewiglich/ und so lang das Gut wäre/ als ein rechtes Stam Gut verbleibe/ und davon nichts durch einigen Testament oder anderweite Handlung/ wie sie Nahmen haben mögen/ verändert werden solle. Vid *deductio seynensis.*

(***) Si fæminæ in hujusmodi familiis succederent, tales familiæ facile caderent, vel declinarent, in aliasque familias bona transferrentur, quod, ne fieret, Deus in veteri

ea ad illius salutem, incrementum & splendorem in perpetuum permaneant.

§. III.

Fideicommissorum familiæ alia sunt realia, quæ, nulla certarum personarum mentione facta, bona in familia permanfura statuunt, (*) alia vero per-

V 2

veteri testamento prohibuit. Conf. Num. XXXVI. Non ergo immerito sic visum vetustati fuit, jura constitui, ut hereditates ad masculos confluerent. ZASIVS lib. II. Conf. I. n. 54. Ordinem succedendi statuto posse mutari, TORRE de pactis future successionis cap. 1. deducit.

(*) Nonnulli putant, per conditionem, sumendi arma, fideicommissum introduci. GRATIANVS *discept. forens. cap. 288. n. 27.* Nec non hoc locum habebit, si alienatio tantum intra familiam erit licita. SVRDVS *conf. XI. n. 5. & 9. & consil. LXVI. n. 45.* eo ipso enim, quod quis constituat, ne bona sua extra familiam alienentur, tacite, & per consequentiam, ut loquuntur, disponit, ut bona ab uno ad alium suæ familiæ, juxta ordinem succedendi receptum, perveniant. Celebris est Ictorum quæstio, an certis in fideicommisso familiæ nominatis personis, reliquæ exclusæ habeantur? Affirmat hoc BOVTILLIER *de success. ab intestat. thes. III. n. 32. 33. fol. 17. & thes. L. fol. 101.* additque illud obtinere, etsi familiæ contemplatione constitutum sit, aut dictio adjecta, in perpetuum

personalia, five restrictiva, quando bona

petuum valiturum. Videtur hic author haud dubie respexisse ad doctrinam, inclusio expressa aliquorum, est reliquorum exclusio: verum hæc regula suas habet exceptiones; nam si post generalem pactionem, in perpetuam familiæ conservationem, & florem tendentem, postea personarum quarundam in specie mentio fit, hoc tantum exempli loco, ut de ordine succedendi constet, non autem ad excludendos reliquos, qui de familia sunt, factum creditur. Voluit itaque fideicommissum instituens, certarum personarum nominatione facta, tantum significare, provisionem in uno casu factam, etiam in similibus locum habere debere l. Gallus 29 §. 5. in fine MANTICA de coniectur. ultimar. volunt. lib. V. tit. I. n. 22. MENOCHIVS consil. VI. n. 390. FVSARIUS de substit. fideicomm. quest. II. & 360. Si restitutio, & alienationis prohibitio semper repetita, quilibet possessor rogatus censetur masculis successoribus bona restituere. KLOCK consil. 182. n. 595. HERM. PISTORIUS lib. IV. quest. 9. n. 47. BURSATIVS consil. 227. n. 35. Applaudunt itaque sententiæ, quod fideicommissum ex veri similitudine mentis testatoris, aliisque legitimis coniecturis extensionem ad personam, quæ sub verbis late sumptis comprehenditur, admittat, magni nominis Icti KLOCK consil. 182. 470. seq. COTHMANN vol. V. resp. 20. n. 171. MANTICA lib. VIII. tit. I. n. 27. WESENBEC parte II. cons. 94. n. 19. LIMA p. 36. 37. Inprimis autem extensio locum habet, si testatoris dispositio alias fieret elusoria. LVDOVICVS DE CVRA conf. LX.

bona certis in familia personis addi-
cuntur. (**)

V 3

§. IV.

LX. n. 32. FVSARIUS quest. 230. n. 118. Fatendum tamen doctrinam hanc de extensione vel potius explicatione specierum, quæ sub genere tacite latent, limitationes pati *V. KLOCK cons. 182. n. 578. seq.*

- (¹²) Jus primogenituræ & majoratus ad fideicommissa, pro ut de iis jure romano traditum, minus recte referri, & hoc intuitu potius ad affinia spectare, lubens fateor; quando vero fideicommiss. familiæ in latitudine sua, & ex hodiernis moribus accipitur, ita ut etiam fideicommissa ad certas personas restricta complectatur, haud dubie ad fideicommissi familiæ censum pertinebunt. Largior tamen posse ex disponentis voluntate, aut pacto aliquid in primogenitura aut majoratu esse, quod regulariter in fideicommissis familiæ non est. *Cont. MOLINA de primogenit. bisp. lib. I. c. IV. B. 13. & lib. III. c. II. n. 14. IOH. DEL CASTILLO lib. II. controvers. c. 22. quest. I. n. 67. DE PAZ jun. quest. I. n. 67. SIMANCAS lib. I. disceptat. cap. V. ubi 16. discrimina inter primogenituram, & fideicommissa refert.* Interim maxima eorum pars, æque ac differentia, quas *LVDOLF* de jure primogenituræ p. 36. habet, ad naturam fideicommissorum familiæ, qua hodie sunt, parum quarunt. Est autem majoratus, quando ad eum, qui senior totius familiæ est, pertinet successio, quod si vero ad eum, qui senior in prima linea est, successio defer-

§. IV.

Porro Icti fideicommissa familiæ in absoluta, & relativa, sive restrictiva dividunt. Hæc dicuntur, quando alienatio per actum inter vivos, non autem per ultimam voluntatem est prohibita. (*) Illa vero, quando
 omnis

defertur, primogenitura dicitur. vid. MEIER *de majoratu part. I. in præfat. n. 4.* COVARRUVIAS *lib. III. resolution. cap. 3.* GOLDAST *in senior. ENGELBRECHT de successione in nucleo juris publici gissensis.* BETSIVS *de pactis famil. illustrium p. 317. cap. VIII.* MYLER *de principibus & Statibus Imperii cap. 21. n. 2.* MULZIVS *in representatione majestatis Imperatoris part. II. cap. IV.* & DE LVDOLF *de jure primogeniturae.*

- (*) Talia fideicommissa penes Romanos fuisse recepta docet l. 38. §. *fundum a filio de legatis I.* Instituit enim ibi quis filium suum in fundo heredem, ea sub lege, ne, quoad vixerit venundet, donet, pignoret, adjicitque : *quod si adversus voluntatem meam voluerit, fundum Titianum ad fiscum pertinere. Ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat.* Quæsitum itaque est, an de eo filius in favorem extraneorum disponere queat? Atque respondet SCÆVOLA, hoc ex voluntate defuncti colligi posse, filium, quoad viveret, alienare, vel pignora-
 re

omnis alienatio, five inter vivos five per ultimam voluntatem fiat, est excluda.

§. V.

Deinde familiæ fideicommissa alia sunt regularia, hæc propria, alia irregularia, five impropria. Illa locum habent, quando tota fideicommissorum natura salva est, hæc appellantur, quando substantia, vel essentia fideicommissi familiæ integra, aliquid ex naturalibus ejus deest. e. g. Si non omnes de familia succedant, aut ordo succedendi consuetus immutatur, (*)
vel

re non posse, testamenti autem tacitionem, & in eo fundo, & in extraneis etiam, quoad heredes, locum habituram. Pleniorum hujus legis explicationem vide ap. *ALCIATVM tom. V.* Id sane extra ambiguum esse videtur, legem hanc pro fundamento regulam habuisse: quæ libertati officiunt, stricte esse interpretanda. Præterea tantus apud Romanos testamentorum erat favor, ut, si dispositio testamenti non expresse prohibita, excepta fuisse videretur, quod tamen penes Germanos aliter se habet.

(*) Anomaliam familiæ fideicommissum patitur, quando
fœminæ

vel ad certam tantum generationem restringitur.

§. VI.

foeminæ pacto, aut consuetudine conjunctim cum masculis, aut ex toto, aut pro parte admittuntur. Nam natura fideicommissorum familiæ, æque ac feudorum requirit, ut masculi foeminas semper excludant. Atque ita recte Elector palatinus contra aurelianensem Ducem, sanguine sibi, junctam urgebat, sub fideicommisso familiæ foeminas non comprehendendi, quamdiu existerent masculi V. quæ hanc in rem reperiuntur in *electis juris publici historiæ palatin.* Sunt tamen uti feuda, ita & fideicommissa familiæ irregularia, ubi foeminæ cum masculis succedunt. Plerumque quidem in feudis promiscuis, qualia sunt feuda a fæmina primum quæsitæ, aut per pactum talia, feuda permulta ecclesiastica, & secundum nonnullos feuda oblata, foeminæ non nisi in subsidium admittuntur HARTMAN PISTORIVS *part. II. q. 34.* ROSENTHAL *cap. II. conclus. 6.* MYLER *de Principibus & Statib. Imperii cap. 24.* ITTER *de feudis Imperii cap. 14. §. 13. seq.* qui exempla afferunt: verum enimvero aliud lege, pacto, aut consuetudine obtinere posse, extra dubitationis aleam positum est. Sic ubi successio linealis cognatica est stabilita, ibi regulariter, nec quidem propter sexum, a linea ad lineam fit saltus. GROTIUS *de jure B. & P. lib. II. c. VII. §. 22.* BESSIUS *de pactis famil. illustr. cap. VIII. p. 3II.* Talis successio obtinet in feudis fuldensibus, quæ non sunt concessa zu Mann- oder Burch-Lehen LV-NIG

§. VI.

Exprimuntur fideicommissa fami-
liæ vel per ultimas voluntates (*), vel
X per

NIG *corp. jur. feud. t. l. p. 906. 907.* WEHNER *sub voce fñldisch lehen.* In Franconia multa tam sæcula-
ria, quam ecclesiastica, quæ feminas admittunt, sunt
feuda. Dubium tamen, an in illis quoque successio
linealis cognatica regularis obtineat LVNIG *l. c.*
Movet LVDOLPH *de jure fœminar. illustr. membr.*
l. quod hic, ad illustrandum adjicere liceat, quæsti-
onem, quid locum habeat, si feudo promiscuo ele-
ctoralis accedat dignitas, an tunc natura ejus im-
mutetur, & respondet, se hoc a peritioribus discere
velle: verum videtur responsio non ita difficilis esse,
quoniam, desinente stirpe mascula, dignitas quidem
electoralis cessat, fœminæ autem in feudis promis-
cuis, quæ electoratu incorporata fuerunt, successio-
nem saluam habent; nam mutatio non præsumitur.

- (*) Testamentaria fideicommissa in actorum publicorum
collectoribus non infrequentia occurrunt. Sic Bo-
russiarum Rex Guilielmo III. Angliæ Rege denato Au-
riacas terras fideicommissis obnoxias, quamquam e-
jus intuitu familiæ non esset fideicommissum, fidu-
ciario majorum jure ad se pertinere contendebat.
mais inquit author opusculi advis impartial p. 4. & 5.
comme sa Majesté Prussienne étoit appelée à cette gran-
de succession, en vertu des fideicommissis, compris dans
les testamens tant du prince René de Chalon, & de Guil-
laume

per conventiones (**) & inde sunt vel
sim.

laume le premier, que du prince Frederic Henry d'Orange, sa dite Majesté soutint avec bon droit, que le dit Roy d'Angleterre avoit eu les mains liées, par ledit testament, & qu'ainsi il n'avoit pas eu la liberté, de les passer, & d'instituer le dit Prince de Nassau Frise en prejudice des dits fideicommiss. Adde SCHWEDER in theatro prætensionum sect. VII. cap. I. & le droit incontestable de sa Majesté le Roy de Prusse à la succession de son grand pere le prince Frederic Henry de glorieuse memoire, fondé sur son testament, & sur le fideicommiss perpetuel, établi dans la maison de Nassau Orange par droit d'ainesse, & en faveur des femmes en defect des males. Scriptum hoc LVNIGII Grundfeste Europäischer Potenzen Gerechtsamen part. I. p. 404. est insertum. Junge l'histoire des Princes, & de la principauté d'Orange par Joseph de la Pise p. 260. & 552. Hic autor postquam tradiderat, Renatum, Guilielmum primum proxima sibi necessitudine junctum, in auriaco principatu scripsisse successorem, addit: Le droit de la succession la lui donnoit, & cette derniere volonté ne fit que corroborer l'usage & la nature de cette souveraineté, qui porte à un instant la couronne du mourant sur la tête du suivant plus proche, & aux femmes au defect des males, comme il s'est pratiqué plusieurs siecles.

(**) Creduntur quidem ejusmodi pacta a nonnullis authoribus aliquid trahere ex iniquo, cum votum captandæ mortis continere videantur. Huic sententiæ sub-

simplicia, vel conventionalia, five
pactitia possunt autem hisce mo-
dis

X 2

subscribentes refert MARIVS ANGVISCOLA *consil.* 36. n. 1. sed contrarium verius est, nimirum conventionibus constitui posse, ne bona ad scēminas devolvantur, aut ut majori, vel primogenito potior eorum pars, exclusis reliquis, cedat. Conf. IOH. DE TORRE *de pactis futuræ successionis lib. III. c. 2.* ANGVISCOLA *l. c.* GAIL. *observ.* 127. *lib. II.* & GRÆV. *in additionibus.* Ratio enim, quam de voto captandæ mortis, pactorum illorum valorem in dubium vocantes, allegant, nullius plane momenti est; plerumque enim ejus, cui succeditur, jussu talia ineuntur pacta; deinde ratio, quod pacta de futura tertii certi, non suffragantis successionē non sint licita, ut est *in l. fin. Cod. de pactis* & *l. pactum quod dotali Cod. de collationibus* vacillare videtur; ea enim plerumque est hominum indoles, ut tanta habendæ cupidine, aut propter se, aut propter aliam passionem, qua inprimis agitantur, exardescant, ut ubique bona, quæ sperent, habere, quam expectare malint; quale desiderium raro sine voto captandæ mortis, quoad actum primum, id est, ut quantocius expiraret, cui succedi debet, esse solet. Arque si ad talia vota, quæ naturæ corruptæ plus philautiæ, quam par est, indulgenti, tribuenda sunt, respiciendum esset, omnes successiones extirpari, & funditus tolli deberent. In foro soli cogitationes & vota non curantur, quamdiu non ad actum aliquem extrinsecum

dis mentem suam explicare, qui de re- bus

cum erumpant. Puto itaque rationem illam magis ad Romanorum mores, qui voto captandæ mortis frequenter media promovendæ ejus, quam tanto-
pere avebant, adjiciebant, restringendam esse. Porro solent aliquando talia pacta juramento corroborari; quo facto omne dubium, quod servanda sint, modo non sit iniquitatis vinculum, tollitur. *C. quamvis 2. de pactis in 6to. & ibi COVARVVIAS.* Quod autem tale pactum non vergat in æternæ salutis dispendium, eo minus dubii patitur, quo magis a viris eruditis asseritur, *in foro conscientie desiderare mortem, propter alicujus hereditatem, non esse peccatum mortale.* PALAVS *in op. morali. tract. VI. disp. IV. punct. 1. n. II.* DIANA *part. tract. IV. miscell. resolut. 84.* V. BOTILLIER *c. II. theorem. 44.* Sed perveniendum jam ad eorum, qui dicunt, fideicommissum æque ac substitutionem vulgarem in pactis & contractibus fieri posse, rationes. Utuntur potissimum *l. quoties C. de donat. mort. caus. l. ea lege Cod. de condict. ob causam l. si ita quis 135. §. eadem lex ff. de V.O. l. uti heredibus ff. de legatis II.* Sunt alia deinde ipsis argumenta, scilicet a substitutione directâ ad obliquam concludi posse, & fideicommissa æque ac substitutiones tam in contractu, quam ultima voluntate fieri posse, & passim admitti in donationibus tam inter vivos, quam mortis causa, & si quæ sunt alia hujus generis ratiocinia: verum quanquam largiar, rei naturæ pactitia fideicommissa non repugnare; interim fateri necesse habeo, quæ in fideicommissis familiæ

bus suis libere disponendi facultate
pollent (***)

X 3

§. VII.

liæ pactitiis observantur, ad tenorem eorum, quæ
in libris romani juris de fideicommissis tradita sunt,
non æque quadrare, & inde anomalam trahere.
Citantur hunc in finem §. 2. & 10. *instit. de fideicom-*
missariis hereditatibus l. 1. §. 2. *ff. de legat. 3. l. 2. ff.*
de legat. 3. l. ab eo C. de fideicom. Quod ad leges in
contrarium a FONTANELLA *de pactis nuptialibus*
allegatas attinet, illæ aut quod in quæstione est, non
probant, aut negantium sententiæ magis favent. Por-
ro argumentum a substitutione vulgari ad fidei-
commissariam & a donatione mortis causa ad do-
nat. inter vivos, propter singulare, quod hic ha-
bent, juxta juris romani indolem non procedere
videtur. Plura pro firmanda sententia negativa, &
refutanda contraria habent FABER *de error. pra-*
gmat. decad. XCVII. & JOH. A TORRE *lib. III. c. 2.*
p. 418. SIMON DE PRÆTIS *de interpret. ultimar.*
voluntat. lib. II. interpret. 3. dub. I. solut. 1. n. 3. p. 272.
Hi alios, sibi in asserenda negativa socios afferunt.
Interea in explanato est, permultos JCtos naturam
rei potius, quam indolem juris romani sequentes,
affirmativam in suis adhibere consultationibus, eam-
que gentium, & judiciorum praxin amplecti GRA-
TIANVS *disceptat. forens. tom. II. c. 247.* TORRE
n. 15. 16. Hic *n. 45.* addit: *in conflictu opinionum fate-*
ri se in puncto juris veriore esse negativam, licet
hodie magis communiter D. D. sequantur affirmati-
vam,

§. VII.

Non solum sæculares, sed & Ecclesiasticæ personæ fideicommissa familiæ constituere possunt; non autem nisi de bonis, de quibus disponendi libero gaudent arbitrio. Expediti

vam, & præcipue Rota romana, ut vidimus supra quæ c. 2. tradita sunt. Non intrequens est, talia fideicommissa in pactis nuptialibus constitui. TORRE l. c. FONTANELLA *de pactis nuptial. claus. IV. glossa 25. p. 566.* Atque in his etiam nascituris stipulationes fieri posse, docent TIRAQUELLVS *de primogenit. quæst. VI. n. XI. & 12.* GVILIELMVS BENEDICTVS *in C. Raynutius verbo sobolem n. 5.* DIDACVS LVDOVIC. DE LIMA AD MOLINAM *de Hispan. primogenitura*, MIER *de majoratu II. part. in præfat. n. 461.* Ejusmodi pactorum multa in collect. actor. public. occurrunt. V. *advis impartial de la succession des biens d' Orange p. 128.* Vt autem pactitia fideicommissa, quæ pacta successoria dici nonnulli malunt, EIBEN *in electis feudalibus*, subsistant, requiritur, ut ii omnes, qui jus dissentienti quæsitum habent, consentiant, & ne talia pacta legibus aut moribus obstent LVDOLF *de introduct. jur. primogenit. p. 57. seqq.*

(***) Filiusfamilias de peculio castrensi & quasi castrensi fideicommissum condere potest, de peculio vero adventitio irregulari ex communi DD. sententia, non testa-

pediti itaque juris est, summum Pontificem, (*) Cardinales, ArchiEpiscopos, Episcopos, & Abbates fideicommissa familiæ constituere posse, non de Ecclesiæ (**) sed suo patrimonio, quor-

testamento, alio tamen modo fideicommissum facere potest; cum de eo plenam disponendi habeat potestatem.

- (*) Pontificem ex Ecclesiæ patrimonio nulla alienare bona, & sic neque illa in familiæ fideicommissum permittere, posse, Pontificum Bullis constitutum est. V. Pii V. Bullam, quam Urbanus confirmavit, in magno Bullario roman. tom. V. p. 19. p. 105. In Innocentii Bulla de anno 1644. hæc leguntur: *dudum siquidem felicitis recordationis Pius Papa quintus predecessor, per suam perpetuo valituram constitutionem, statuit, decrevit atque ordinavit, ut omnes & singula civitates, terræ, & oppida, & loca, sedi apostolicæ in temporalibus mediate vel immediate subiecta, etiam eatenus in feudum, aut quemvis alienationis titulum dari solita, vel consueta, etiam ad sedem præfatam quomodo libet devoluta, & pro tempore devolvenda, in jure, dominio, & proprietate, ac possessione dictæ sedi conservarentur, civitatesque, terræ, oppida, & loca ejusmodi nullo unquam tempore sub quovis prætextu in feudum, gubernium, vicariatum, ducatum, aut quemvis alium*

quorum redditus, quos ex Ecclesiæ patrimonio habent, pertinent; nisi legi-

titulum perpetuum, vel ad tertiam generationem, seu ad vitam aut ad longum tempus nullo modo concederentur, & deinde piæ memoriæ Gregorius XIII. Sixtus V. Gregorius XIV. Innocentius XI. Clemens VIII. ac Urbanus VIII. romani Pontifices prædecessores nostri, pro pastoralis eorum officio, provide considerantes, præfatam constitutionem optimam, & ad conservandam S. R. Ecclesiæ jurisdictionem ac dignitatem, sedisque apostolicæ dominia, civitates, oppida, & loca pie & sancte emanatam fuisse, illam successive omnes felici æmulatione, de fratrum suorum ejusdem S. R. Ecclesiæ Cardinalium pro tempore existentium consilio, apostolica auctoritate laudarunt, approbarunt, confirmarunt & innovarunt: prout in singulis eorundem prædecessorum litteris apostolicis desuper confectis plenius continetur BULLARIUM tom. V. p. 412. nov. edition. Add. RODRIQUEZ *question. regular. ubi etiam de Cardinalibus agitur* & BARBOSA *de Episcop. parte III. allegat. 114. n. 24.* De generali vocabuli alienare significatu v. Lancelot. in templo omnium judicum p. 458.

- (*) Ecclesiæ bona, imprimis immobilia, regulariter alienationi non esse obnoxia, tralatitium est. Tot. tit. X. de reb. Eccles. non alienandis Clement. 1. & 2. eod. c. Diaconi quidquid c. alienationes c. si quid 2. quæst. 2. l. 14. Auth. hoc jus porrectum Auth. perpetua Cod. de S. S. eccles. Bullarium magnum tom. V. p. 102. 138. 242, 320. 322. Et si quædam Ecclesiarum, aut monasteriorum bona

legibus, moribus, aut conventionibus aliud obtineat.

Y

VIII.

bona alienari debent, certæ requiruntur solemnitates, quarum una neglecta, alienatio, cujus species fideicommissi constitutio, nulla est. Vid. REDVANVM *de reb. eccles. non alienand.* WAMESIVS *consil.* 276. n. 1. SCHVRF *consil.* 48. cent. 1. GONZALEZ *ad tit. cit. decretalium* KOLBE *in aquila certante* pag. 85. ubi plures alios refert MEVIVS *part. IX. decis.* 6. CONRINGIANA *tom. III. p.* 1022. Sunt tamen, qui ex peculiari privilegio alienare possunt, ut Canonici lateranenses, quale monasterio quoque cassimensi datum. Vid. *Bullar. l. c. p.* 214. 437. Id saltem quasi in transcurso referre licebit, esse, qui Pontificum Bullas, de non alienandis ecclesiæ bonis, absque solemnitate præscripta, non ubique receptas esse, docent. Vid. STREINIVS S. I. in academia babebergensi ff. canonum quondam Professor & Cancellarius in *summa juris canonici part. II. c. ult.* Cæterum, si quæ ecclesiarum cœtuumque sacrorum præsides habent patrimonia, aut ecclesiæ fructus, qui iis cedunt, de iis fideicommissa familiæ constituere possunt. COVARRUVIAS *tom. I. opp. p.* 22. Hoc autem non pertinet ad Episcopum regularem, qui ex monacho ad illam provectus est dignitatem; ille enim vinculo voti paupertatis non exemptus, reddituum episcopalium non est dominus, sed administrator, & quidquid post dignitatem acquirit, sive ex fructibus, sive ex industria propria, eo denato ecclesiæ accrescit. CO-

§. VIII.

Neque Imperator (*) in bonis Imperii,

VARRUVIAS *l. cit.* SANCHEZ in *summa tom. III. lib. 7. cap. III. n. 2.* & in *præceptis decalogi lib. VI. cap. 6. n. 5.* BARBOSA de *episcop. allegat. II. 4. n. 8.* XVAT de *religione tom. IV. tract. 8. lib. III. cap. 16.* DE LIMA p. 157.

- (*) Imperii bona a Cæsare in fideicommissum dari non posse, ex eo patet, quod in capitulationibus, se a rerum Imperii alienationibus abstinere velle, pollicetur. In *Caroli Vti capitulatione art. IX.* Electorum requiritur consensus, in *Ferdinandi I. capitulatione art. VIII.* additur *sämtlich*/ quæ vox in *Maximiliani II. capitulatione art. VI.* denuo omittitur, in reliquorum vero Imperatorum nostrorum capitulationibus usque ad augustissimum Carolum VI. vicissim addita; ast in hujus *capitulatione art. 10.* ex perpetuæ capitulationis projecto legitur: *Ohn Wissen/ Wissen/ und Zulassen der Churfürsten/ Fürsten/ und Stände.* Videntur tamen Imperatores, *Caroli V.* ævum antecedentes, ejusmodi quoque se obligasse pactationibus. In solemni curia, *Herbipoli* habita constitutum dicitur: *nullum principatum posse, vel debere nomine concambii vel cujuscumque abalienationis, ad aliam personam transferri ab Imperio, nisi de mera voluntate, & assensu principis præsentis, & ministerialium ejusdem principatus.* Et ne de cætero similia contingant. (permutaverat Imperator fundationes *Nieder- & Obermünster*/ quæ sunt *Ratisbonæ*, cum Episcopo *ratisbonensi* pro aliis quibusdam bonis, & possessionibus,

perii, neque Rex in regno, nisi sit
 Y 2 patri-

bus, Abbatissis conquerentibus) *decernimus, & perpetua firmitudine observanda judicavimus, quod non liceat ulli successorum nostrorum Romanorum Regi, seu Imperatori, principatum aliquem, ut superius sententiatum est, ab Imperio aliquo modo alienare; sed omnes Imperii principatus pro jure, & honore illesos observare.* HUND in metropol. salisburg. p. 407. edit. nov. AVTOR chronici montis sereni ad annum MCCXI. p. 93. tradit: Ottonem (IV.) Imperatorem in consecratione sua, ut fieri solet, jurasse, se bona Imperii conservare, & a quolibet detenta repetere velle. Atque sub hac ratione contra juramentum, quod Pontifici præstiterat, manu hostili cæpit invadere terras S. Petri ad Ecclesiam romanam pertinentes, ABBAS VRSPERGENSI in chron. p. 313. Hæc sequentia MATTHÆI parisiensis ad annum MCCX. pertinent. Circa dies istos, inquit, Romanorum Imperator, memor juramenti, quod fecerat, cum a Papa ad Imperium fuit sublimatus, quod videlicet dignitates Imperii conservaret, & jura dispersa pro possibilitate sua revocaret, fecit, per sacramentum legalium hominum, Imperii dominica castella sua, & alia jura ad dignitatem imperialem spectantia perquiri, & quæcumque per recognitionem ad jus Imperii spectare didicerat, in usus suos convertere laborabat. Cum Guilielmo Holandiæ Comiti, more illius ævi, militans dignitas ante cæsaream conferretur inaugurationem, jurejurando se obstrinxisse, dicitur, rempublicam illibatam in vigore permittere, feudaliam

patrimoniale, si quæ talia dantur (**)
ordi-

dalia bona regni vel Imperii nequaquam alienare. BEKA in historia ultrajectina pag. 77. vid. Conring. de finibus Imperii cap. XIX. §. 23. tom. I. Conring. p. 279. seq. qui hic non tam ad expressum pactum, quam morem respiciendum esse, arbitratur, atque in eo consentientem habet LIMNÆVM ad capitulationem Caroli V. art. IX. p. 163. In alia omnia abit STRAVCH. diff. de oppignerat. Imperii thes. 20. & seqq. Tantum abest, nos hanc litem nostram facere velle. Conf. ITTER. de feudis Imperii cap. VII. p. 350. 351. POTTGIESSER de pign. Germ. cap. II. Id tamen certum, si Cæsares de terris Imperii, non adhibito Ordinum consensu disposuerit, illos hoc iniquo tulisse animo. Cum Hnnricus IV. Guelfo, ex Azone & Cunigunde nato, exauctorato focero ejus Ottone III. Bavariæ ducatum, omissis Procerum suffragiis, contulisset, hi illud ægre tulerunt. Noverat Rex, inquit LAMBERTVS SCHAFNABVRGENSIS apud PISTOR. tom. I. p. 343. haud satis placitum Principibus Bojariæ, quod hoc tum contra morem &, jus tum ipsis inconsultis factum fuisset. Aliter autem se Fridericus Barbarossa gessit; ille namque Henrico Leoni Bajoariæ ducatum, iudicio Principum, reddidit. OTTO FRISINGENS. lib. II. c. 28. apud MVRATOR. tom. VI. scriptor. ital. p. 730. Qua ratione Imperatoris potestas circa ea, quæ ex Imperii terris vacant, conferenda restricta sit, vid. capitulat. Leopoldi art. 30. Josephi art. 29. Caroli VI. art. 9. Visa quidem hæc restrictio, cæsareæ Majestati facultatem bene

Ordinibus non suffragantibus (**), sed

Y 3 tan-

bene meritos præmiis afficiendi, quodammodo eripere; igitur contra eam in voto austriaco comitali monitum, ibique inter alia, ad Rudolphi II. exemplum, qui, suo tantum arbitrio, de modenensi ducatu disposuisse, dicitur, provocatum est.

- (*) Patrimonialia dari regna, asserit GROTIUS *de I. B. & P. lib. I. cap. III. §. 12. lib. II. cap. VI. §. II. & cap. VII. §. XII.* PUFFENDORF *de I. N. & G. lib. VIII. cap. 5. §. I. & GUILIELMVS GROTIUS in I. N. & G. VI. 22. p. 368.* uberius hoc fratris assertum declarans. HOBBE-SIVS *de cive cap. IX. §. X.* regnum patrimoniale sequentem in modum describit: *paterfamilias, servique ejus virtute imperii paterni, in unam personam civilem coaliti, familia dicitur. Eadem si multiplicatione prolis, & servorum æquisitione numerosa fiat, ita ut sine belli incerta alea subjugari non possit, appellabitur regnum patrimoniale.* Addit tamen ex sua hypothese: *quod quanquam in acquisitione differat a monarchia institutiva origine & modo constituendi, constitutam tamen omnes easdem habet proprietates, & commune est utrobique imperii jus.* HUBERVS *de jure civitatis lib. I. sect. 3. c. 2. n. 17.* describit patrimoniale imperium quod inter vivos & mortis causa potest alienari. Oppugnat hæc regna COCCEJVS *in autonomia juris gentium cap. XII. & in disput. de justit. B. & P. in statu regni Portugallie quæst. I.* IOH. A FELDE *in not. ad Grotium lib. I. c. 3. §. 12. p. 45.* & jam tum ante eum RVSDORF *in vindiciis palatinis cap. VI. n. 61.*

tantum in bonis patrimonialibus, nullo vinculo alii obnoxiiis, fideicommissa familiæ statuere possunt. Sic & Principes, aliique Imperii Ordines, & Nobiles, siue mediati, siue immediati,

61. *seqq.* ubi negavit, hodie dari ejusmodi regna & principatus, qui in plena Regum & Principum potestate sunt, ut plene de iis disponere queant. Putarem tamen, hanc appellationem tolerari posse, si per regna patrimonialia illa intelligamus, ubi subditi ad exemplum liberorum ex jure Quiritum, aut mancipiorum impensius regnantur: Fateor tamen hanc esse speciem reipublicæ, quæ alias est cœtus hominum liberorum, juris fructu, & communis utilitatis causa sociatus, ubi regens pater esse debet, non Dominus, valde irregularem.

(***) Res Imperii & populi in regno vere tali a Rege sine populi consensu alienari non posse, docet GROTIUS *de jure B. & E. lib. II. C. VI. §. 3. & XI.* Id saltem dubium habet, an in alienatione partis, & hujus consensus requiratur, ubi GROTIUS §. IV. sententiam affirmativam tuetur, sed V. CONRING *de finibus Imperii cap. XIX. §. 6. CONRING tom I. p. 267.*

(****) Huc pertinent fructus, qui ex populi patrimonio rediguntur; de iis Princeps libere potest disponere GROTIUS *de jure B. & P. §. XII.* PUFFENDORF *de jure N. & G. lib. VIII. cap. 5. §. 8.*

diati territoria sua (****) & terras fi-
dei-

(*****) Liceat hic in usus nostros applicare, quæ habet
DN. DE GOEBEL tom. I. *conringian.* Quod itaque
inquit, ad feuda Illustrum attinet, illa ejusmodi natu-
ræ sunt, ut nec in totum, nec pro parte citra Impera-
toris, & ipsorum successorum, nec non Ordinum provin-
cialium consensum alienari nequeant, nisi aliqui adsint,
qui tacite aut expresse juri suo remuntiarunt. Meretur
hic adscribi constitutio Henrici in Curia fridbergensi
anno 1130. promulgata. Refert eam CHRISTOPHORVS
BUTKENS *rer. brabant. lib. IV.* hisce verbis: Notum fa-
cimus, quod cum Henricus major filius illustris Principis
Lotharingæ Ducis matrem habuerit, & illa sit mortua,
per sententiam Principum Curie nostræ judicatum, si idem
Dux de bonis, quæ possidet, aliquid alienaret, vel in
manus vellet transferre alienas, dictus Henricus filius,
si de iisdem bonis possit intromittere, aut occupare licen-
ter ad usus suos, & tenere. Quid de feudis præter non
Domini, & si antiqua sunt, agnatorum consensum
alienandis, jure feudali constitutum sit, ex Lo-
tharii & Friderici constitutionibus, quæ consue-
tudinibus feudalibus longobardicis *II. feud. 52. &*
55. insertæ sunt, apparet. Ex quo deinde facile col-
ligi potest, testamentorum favorem quoque hic ces-
sare *I. feud. 5. II. feud. 9.* ad quæ ut & præcedentia
capita BITSCH, CONTIVS *de feudis cap. 8. p. 157.*
ROSENTHAL *de feudis cap. VII.* VVLTEJVS *de*
feudis cap. IX. n. 82. FORNERIVS *de feudis §. V. p.*
47. videantur. Ridendi profecto sunt, qui contra Im-
peratorum constitutiones & consuetudines feudales
longo-

deicommissio familiae, nisi al-
lo-
dia,

longobardicas, si non expresse, tamen tacite ut jus commune in feudalibus receptas, cum SCHRA-
DERO *de feudis part. VIII. cap. 2. n. 4.* ad juris ca-
nonici æquitatem contrariam confugiunt *R. I. de A. 1567. §. und nach deme.* HORN *de feudis cap. XIV. §. I.* RHETIVS *jur. feud. p. 10. seqq.* HARPRECHT multorum ordinum juridicorum, & virorum eru-
ditorum testimonia conquisivit, quod, quæ in jure feudali longobardico contineantur, sint jus com-
mune, eaque novæ editioni suæ Speculi suevici ad-
jecit. Pro hoc jure itaque est præsumptio, & qui
ad legem, vel consuetudinem, & observantiam par-
ticularem confugit, eam, ut par est, probare debet.
Neque enim unus aut alius actus, ubi superioris con-
sensus sæpe sub- & obreptitie fuit impetratus, aut sup-
positus, regulam, consuetudinem, aut observantiam in-
ducit, ut erudite & solide evincit DN. DE GOEBEL *in diff. de observantia gentium & imperii.* Immo, ut dictum,
in feudis antiquis domini consensus non sufficit, sed si
alienatio testamento facta est contra receptas succes-
sionis leges, non consentientibus omnibus, qui a pri-
mo acquirente jus quæsitum habent, siue nati, siue
concepti tantum fuerint, nulla est; ita, ut proximo-
rum factum remotioribus nocere nequeat, & penes
hos suo tempore sit jus revocandi. COCCEJVS *in
jur feud. hypomnem. tit. IX. §. 4.* Nam licet proximi
agnati consentiant, iis autem decedentibus, aut feuda-
liter remotioribus agnatis non consentientibus, aperto
facto, certe isti revocabunt, nullo dato pretio. GEMELIVS
de

dia, (*****) feuda hereditaria (*****)
 aut moribus, legibus, præscriptione
 Z aut

de feudis part. IX. principali p. 90. STRYCK exam. jur. feudalis cap. 20. §. 9. Scio, non deesse novatores, qui contendunt feuda imperii naturam allodialium propemodum induisse, sed his opponere liceat verba, quæ habet DE LVDOLF in tract. de juribus fæminarum illustrium p. 98. & 99. peculiarem inquit, feudorum Imperii naturam, qua ab aliis differant, si de modo habendi feuda, h. e. de eorum acquisitione, conservatione, amissioneque sit quæstio; frustra fingi, cæterum langobardicas consuetudines etiam ad feuda Imperii recte applicari, cum in genere sint receptæ. ANDLER jurisprudent. lib. II. tit. X. n. 7. EYBEN elect. feudal. tit. VII. §. 8. seqq. Neque actus legibus, & conventionibus repugnantes, aut aliquorum Doctorum, quippe qui sæpe ambitioni aut avaritiæ in enunciatis suis indulgent, opiniones regulam, aut legem facere minime possunt. Immo recte sentire videntur, qui existimant, in tam frequenti rerum germanicarum fiduciaria qualitate, in bonis nobilium, aut illustrium personarum immobilibus in dubio potius pro feudalitate, quam allodialitate, ut more practitorum loquar, præsumendum esse. SCHRADER de feudis in præmio n. 2. Electa juris publici historiam palatinam illustrant. p. 184. Neque actuum, qui legibus, pactis, & juri quæsito repugnant, vitium per confirmationem tolli potest; tralatitium enim est, confirmationem circa illud, quod

aut pactis aliud obtineat, propria auctoritate subijcere nequeunt.

§. IX.

quod ab initio invalidum est, nihil operari. DYN. in C. non firmatur de R. J. in 6. vol. 1. consil. 15. n. 319. consil. marpurg. & confirmatio semper intelligi debet, salvo jure alterius ERN. IASON in l. fin. p. 13. de pactis GAIL 2. observ. 1. n. 14. hoc enim nemini sine justa causa eripi potest. GROTIUS de J. B. & P. lib. II. c. XIV. §. VII.

(*****) Allodialia bona legibus Imperii sunt subjecta, itaque disponendi de iis libertas obtinet, quatenus hoc Imperii leges patiuntur CONRINGIANA tom 1. p. 183. STRUVE de allodio Imperii PFFFFINGER ad Vitriarium lib. IV. tit. 20. §. 17.

(*****) Quoniam in feudo mere hereditario tota successio in hereditariam mutatur, non dubitatur, quin hic libera disponendi concepta facultas, COCCEJVS in hypomnem. jur. feud. tit. III. §. 25. STRUVE syntagm. jur. feud. cap. IV. §. 13. n. 2. Non desunt, qui negant, hoc feudum partem esse hereditatis ANTHON disput. feudal. 1. thes. VIII. ZASIVS part. 12. n. 25. WVRMSER de feudis impropriis class. II. sect. VI. attamen verior est sententia, non restringi ad feudi naturam, & esse alienabile STRYCK exam. jur. feud. c. IV. q. 14. VVLTEJVS jur. feud. cap. VIII. n. 30. SCHRADER part. VII. c. 3. In dubio autem, pro feudo ex pacto, & providentia est præsumptio, & lex, aut consuetudo, quæ in contrarium allegatur, probanda est.

§. IX.

Fideicommissa familiæ eis, quine-
que rei indole, neque legibus, aut
moribus excluduntur, relinqui pos-
sunt, five sint nobilioris propaginis,
siue plebeia fortis (*) quanquam in-
Z 2 ter

(*) Annotatum iam alibi, familiarum fideicommissa sequi-
oris sexus plerumque esse impatientia; siquidem fa-
miliam non continuant, sed terminant. *l. 195. §. fin.*
& l. 169. de V.S. MANTICA de conjectur. ultimar. vo-
luntat. lib. VIII. tit. 12. n. 8. attamen dictum quoque,
bona fideicommisso tali obnoxia, ad fœminas delabi,
si omnes defint masculi. *BESOLD part. III. cons. 113.*
cessat enim tunc exclusionis ratio. *MENOCHIVS vol.*
IV. consil. 373. n. 10. & consil. 364. *FVSAR de fidei-*
commissar. substitut. quæst. 734. n. 2. Oritur hic quæstio,
an fœmina semel exclusa, talis semper habeatur? Non
desunt, qui affirmativam tuentur sententiam, conten-
dentes, quod semel collapsum est, non convalescere;
deinde provocant ad analogiam juris feudalis *CARP-*
ZOV disputat. feudal. V. thes. 57. cum *ANDREA de*
ISERNIA MATTHÆO DE AFFLICTIS & JANO de
ARCEDARA disput. V. HORNIVS in iurisprudentia
feudal. c. XV. §. 9. verum fœminæ radicatum ius
subsidiæ, quod habent, non amittunt, quando per
masculi existentiam in successione impediuntur, quia
tunc hæc non amittitur, sed suspenditur. *VVLTEJVS*
in

ter homines de plebe talia minus frequentia sint fideicommissa, cum ab horum forte quodammodo abhorreat, de familiarum suarum flore, & aliarum, ad quas forte nomina, & insignia sua deferre cupiunt, conservatione & splendore cogitare.

§. X.

in iure feudali c. IX. n. 53. Deductio Seynensis p. 57. seqq. Sic & canon, quod semel collapsum est &c. ad ius civile pertinens, exceptionem admittit, si nova accesserit causa, quæ hic est plenarius masculæ propaginis defectus. KNIPSCHILD *de fideicommissis familie cap. 8. n. 276.* Porro negativæ sententiæ, intuitu feudorum, non inferioris sortis patrocinantur Doctores. STRVV. *in syntagm. iur. feud. thes. VIII. n. 7,* & ad eum LYNCKER *in analect. BITSCH. ad I. feud. 6. §. quin etiam,* ubi respondet ad dubium, quod ex hoc loco eruitur. STRYCK. *in exam. iur. feudal. cap. XV. quæst. IX.* HORN. *l. c.* regula enim est, quod scæminæ, quotiescumque ad eas pertinet feudum, non admittantur una cum masculis; sed si masculi ex primo adquirente nulli supersint, seu quando nulli masculi ad successionem concurrant, aliter se res habet, THVM-MERMVTH *ex editione Dn. Kress. p. 154.* Enimvero regulæ nulla in iure, de scæmina semel exclusa, additur limitatio: itaque, firmo satis talo nitentem, negativam passim praxis sequitur. Porro argumentum aliquod

§. X.

Quod ad res, ex quibus fideicommissum familiæ coalescit, attinet, regula est, illud ea tantum complecti bona, quæ immobilia sunt, aut juris
 Z 3 fictio.

aliquod desumi potest a statuto, fœminas a successione excludente; illud enim casum excludit, nisi quamdiu masculi sunt superstites, M YNSINGER *respons.* 97. n. 10. GAIL I. *observ.* 148. n. 5. MENOCH. *consil.* 105. FÖRSTER *de success.* lib. III. c. 15. n. 2. Denique argumentum a feudo ad fideicommissum ob singularia, quæ hoc habet, non ubique procedit. KNIPSCHILD *de fideicommissis fam. cap.* IX. n. 7. KNICHEN *de vestitur. pact. part.* I. c. 3. n. 122. Postquam autem semel fœmina ad fideicommissum regulare familiæ admittitur, fideicommissum evanescit, & bona, ad primævam redeuntia naturam, alienari possunt. KNIPSCHILD *cap.* II. n. 496. Interim quamdiu fideicommissaria fœminis non cedunt bona, de alimentis, & dote ipsis prospiciendum est. In Bavaria obtinet, ut filiabus auf den ledigen Anfall / uacy erloschenen Manns-stamm / bald Anfangs ein gewisses quantum ausgeworffen werden kan. LVNIG *corp. iur. feudal.* tom. II. p. 526. *seqq.* In Austriæ archiducatu quoque fœminæ familiæ fideicommissorum expertes maneant; debent tamen ex æquo & bono dotari. FINSTERWALD *in observat. pract. lib.* II. *observat.* 104. n. 6. LVNIG *corp. iur. feudal. germ. tom.* I. p. 462.

fictione duntaxat ad ea referuntur (*)
bona autem ecclesiæ immobilia regu-
la

(*) Quæ immobilium numero sunt, affatim in juris compendiis enarrantur. In ducatibus, marchionatibus, comitatibus immobilium classi adscribuntur regalia fiscalina, sub quibus intelliguntur jurisdictio, vectigalia, pedeagia, gabellæ, Zoll/Steuer/Umgelde/Schatzung/poenarum compendia Straffen/ & fisci incrementa. Eorum quoque classem, quæ fideicommissis familiæ subesse possunt, augent pensiones, & redditus, qui ex alienis fundis percipiuntur, aut circa eos versantur, ut sunt decimæ, annui redditus, canones & laudemia ex cavena aut camera lucrum, servitutes, homines glebæ adscripti, quos proprios vocant, horumque, & rusticorum opera, partes & instrumenta, quæ ad instruendum vel colendum fundum necessario requiruntur, das inventarium, & si qua sunt alia hujus generis. Denique huc referuntur metallorum partes, die Ruchsen/ animalia ad foetidam data, eiseren Vieh/ pecunia prædiorum coëmptioni destinata, res pretiosiores mobiles, e.g. bibliotheca, ex usu loquendi talis, & si quæ aliæ sunt hujus generis. V. KNIPSCHILD. SCHILTER *exercitat. IV. ad pandectas* §. 22. *seqq.* Denique tempore restitutionis, fructus pendentes ad proxime sequentem in fideicommisso familiæ transeunt. PEREGRIN. *de fideicommissis. art. 49. part. 2. n. 16.* VINCENTIVS DE FRANCHIS *decis. XIII. n. 6. & 7.* GRATIANVS *discept. forens. tom. II. c. 293. n. 44. seq.* MIER *part. IV. de*

læ illius exceptionem sistunt; illa enim pro natura, qua ex instituto gaudent,

de maioratu quest. 24. n. 2. GARCIAS de expensis c. 16. n. 6. KNIPSCHILD. c. X. n. 48. Percepti autem penes heredes ultimi fideicommissum possidentis remanent, nisi, in mora restituendi fuerint, aut ante aditam hereditatem fructus sint percepti. *l. 27. §. i. ad Sct. trebel.* deductis tamen expensis GARCIAS *l. c.* Interim sunt, qui putant, in majoratu, fideicommissi familiæ quadam specie, aut affini fructus ultimi anni inter prædecessoris heredes, & successorem pro rata esse dividendos. CHRISTINÆVS *decis. 295.* FRANCISCVS DE LEON *decis. 148.* Hoc tamen de fructibus tantum industrialibus est intelligendum. KNIPSCHILD *de fideicommissis familiæ c. X. n. 59. seqq.* Fructus autem naturales & quidem perceptos ad possessorem ejusque heredes pertinere, dubium habere non videtur. *l. 48. ff. de acquirend. rer. dominio.* HARPRECHT *ad §. si quis a non domino n. 33. de rer. divisione.* Itaque aberrant, qui opinantur, quod 2 feudor. 28. ratione fructuum est constitutum, etiam hic obtinere; nam hoc, tanquam jus plane singulare, ad exemplum trahi non potest, sed potius ad ius commune, ejusque analogiam & argumenta est recurrendum. KNIPSCHILD *l. c. n. 33.* ita distinguit: si debeantur ex contractu cum testatore celebrato, & nondum sint exacti, restitutæ hereditatis tempore, tunc ad fideicommissarium spectant, sin autem exacti, aut ex contractu cum ipso herede debeantur, non restituuntur, sed apud ipsum heredem manent,

dent, a fideicommissi familiæ complexu abhorrent Sic & aliquando ad hunc censum quoque spectant bona avita (*) als Väterliche Stamm-Güter, bona mobilia (**) feuda (***) & si quæ alia

(*) Antiquioribus temporibus, Maiorum nostrorum placitis, hæc a familia discedere non potuerunt. Idem apud veteres Romanos obtinuisse, ex *l. 6. de contr. empt.* patet. Videtur autem hoc: JUSTINIANVS in *l. 14. Cod. de contrab. empt.* mutasse. Cumque jus romanum in Germaniam, & cum eo Justiniani illa sanctio penetrare inciperet, fideicommissa familiæ, quibus familiæ bona avita conservabantur, frequentiora esse cœperunt. Quodsi universale constituitur fideicommissum, nihil exceptum habetur, nisi quod natura, lege, consuetudine, aut hominum voluntate est exceptum. Subsunt itaque ejusmodi fideicommisso quoque bona, quæ Status Imperii sibi invicem oppignorarunt, aut potius jus circa illa, ita ut pacta familiæ ad ea quoque se extendant; potissimum si ante hominis memoriam sunt obligata, tunc enim reuisioni non datur locus, nisi possessoris exceptiones, & merita causarum sufficienter examinentur. *Instrument. pacis art. V. §. 25.*

(**) Mobilia fideicommissorum serie regulariter excludi, eo minus habet dubii quid, quo magis certum, eam perpetuitatem, quam in objecto suo fideicommissum familiæ requirit, non ferre: sunt tamen, qui putant pecu-

alia sunt hujus generis (*) sub familiæ fideicommissum non cadunt. Solent aliquando ea, quæ fideicommissio subesse debent, ad evitandas lites catalogo describi; atque tum Jcti for-

Aa mant

pecuniam ex immobilium venditione redactam loco eorum esse, & sic quoque fideicommissi universalis partem constituere. Cæterum expresse decerni, aut pacto conveniri posse, ut res mobiles etiam fideicommissio accedant, eæque anomalon quid inducant extra ambiguum est.

- (*) Feuda ex pacto & providentia tali sub fideicommissio universali non continentur, quoniam vasallus feudum pro lubitu non potest alienare, & illud non iure hereditario, sed beneficio habet. ROSENTHAL *cap VII. n. 2. corp. juris feudalis germ. tom. II. p. 462.* Neque hæc regula aliter se in feudis lusaticis habere videtur, nisi omnia, quæ in Ferdinandi I. privilegio requiruntur, præcesserint. LVNIG *tom. II. corp. Jur. feud. p. 69.* Adde de feudis lusaticis STRYKII, LUDWIG, WOLFGANGI ADOLPHI DE LEVENVZ *dissertat. BORNII dissert. de transmutat feudi in allodium. thes. 25. seq.* Quod tamen ad hereditarium feudum spectat, illud sub fideicommissio generali simpliciter contineri non dubito, quoniam ibi successio feudalis mutatur in aliquam hereditariam, & hoc feudum venit in petitionem hereditatis

mant regulam: quæ non sunt descrip-
ta, excepta esse creduntur (*).

§. XI.

VVLTEIVS *de feudis* c. 8. n. 24. *seqq.* ROSENTHAL
conclus. 12. n. 1. COCCEIVS *hypomnem. jur feud. tit.*
III. n. 24. GRATIANVS *disceptat. forens. tom. II. c. 344.*
In dubio tamen nunquam feudum hereditarium
præsumitur.

(*) Legitimam non subesse fideicommisso jam supra
dictum, illa enim absque omni manere debet onere.
l. 39. Cod. de inoff. testem. Enimvero, quatenus ne-
cessaria vitæ subsidia complectitur, a natura est, cu-
jus præceptum nulla hominis voluntate mutari
potest. GARCIAS *de expensis* c. 3. n. 10. ANGELVS
MAREATZ *de fideicommissis lib. IV. c. 12. n. 51.* MOR-
TE *in emporio juris part. I. tit. I.* deinde bona immo-
bilia, in dotem data, lege julia sunt inalienabilia, &
sic jure civili fideicommissum ex iis constitui ne-
quit; porro bona emphiteutica aliaque, ubi dimi-
diatum quasi est dominium, non implorato domini
directi consensu, fideicommisso familiæ non possunt
subjici; inde enim domini directi conditio tam ra-
tione consolidationis, quam laudemii deterior reddi
posset; necnon talis alienatio in contemptum domi-
ni directi vergeret. ALCIATVS *consil.* 258. n. 16. &
consil. VIII. lib. VI. GAMA *decis.* 60. &. 218. MAR-
SAR *de fideicommissis quest. XVI. Phæb. decis. V.* Im-
pingunt itaque MIER *de majoratu part. I.* & DECI-
ANVS *vol. I. const.* 23. n. 41. qui contrarium asserunt.
Sic & in bonis emphiteuticis, in quibus omnes filii

ex

§. XI.

Fideicommissum familiæ, aut per ultimam voluntatem (*) aut per convention-

Aa 2

ventio-

ex antiqua institutione jus quæsitum habent, circa illorum consensum majoratus aut jus primogenituræ institui nequit, quidquid etiam in contrarium differant *CRAVETTA consil. 504. n. 6. PEREGRINVS de fideicommiss. art. 51. n. 84. v. MOLINAM de primogenit. Hispan. lib. II. c. 10. n. 71. 72. & DE LIMA in additionibus.* Addendum adhuc, bona propria ipsius gravati, aut ejus uxoris, ad fideicommissum familiæ non pertinere; nam illud nihil complectitur, quam quod a fideicommissum instituyente derivatum est & quod ad illud pertinet. *GRATIANVS disceptat. tom. II. cap. 432. n. 9.*

- (*) Hic quæritur, an Ordinum Imperii aliquis, testamento fideicommissum familiæ conditurus, juris romani solemnitatibus sit adstrictus? *MYLER ab Ehrenbach de Princip. & Statibus Imperii c. XXIV.* pro sententia affirmativa verba facit. v. quoque *RHE- TIVS in jure publico lib. II. tit. LX. §. I.* sed recte distinguit *STRYK. in exam. iur. feudalis cap. XLV. quest. 18.* Si Principis testamentum ejus concernit subditos, aut alios Principes, & Ordines Imperii, in priori casu legibus civilibus in suis territoriis est solutus, easque potest mutare, & abrogare. *VITRIARIVS jur. publ. lib. 3. tit. XX. §. I.* in posteriori autem ad solemnitates a jure romano præscriptas, est adstrictus; cum ordines inter se, ex pacto, iure privato

ventionem institui supra monitum. Non tamen dubium habet, quin hoc etiam per legem, (***) consuetudinem, aut præscriptionem fieri possit. (***)

§.XII.

vato utantur. HUGO *de statu regionum Germaniæ cap. VI.* HORN *jurisprudentiæ feudalis cap. XIV. §. 14.* COCCEJVS *in jurisprud. publicæ cap. 29. §. 2. & in dissertat. de testament. Principum part. II. §. 8.* PFEFFINGER *ad Vitriarium tom. III. lib. III. tit. XVII. n. 5. p. 1144. & 1335.*

(**) Cum Principi suprema lex salus populi esse debet, non dubito, quin fideicommissa familiæ, majoratum & primogenituræ jus pro eminenti, quo pollet, dominio, introducere possit, si hoc reipublicæ necessitas, aut summa saltem utilitas requirat; hoc enim intuitu Principis omni, & illimitata in territorio gaudentis potestate plus habet juris in bonis subditorum, quam ipsi subditi, quoniam in salutem publicam omnes consentientes etiam tacite consenserunt, ut omnium salus & utilitas saluti & utilitati singulorum præponeretur. GROTIUS *de jure B. & P. lib. II. C. XIV. §. VII.* HORN. *de civitate lib. II. c. IV.* BÖCLERI *dissertatio de dominio eminenti*, quæ ejus ad GROTII *lib. I. cap. I.* est inserta commentario. Idem consuetudini, quod legi, tribuendum est; hanc enim æmulatur, & aliquando vincit, quando scilicet rationabilis & posterior est.

(***) Inter eos, qui juris civilis communione tenentur, jus

§. XII.

Sicut propemodum omnibus in rebus humanis incommoda & onera juncta sunt commodis: ita & familiæ fideicommissa suis non destituuntur incommodis. Ut de fiduciarii oneribus exordiamur, hic, præterquam quod de rebus libere non possit disponere, sed eas ex legis, vel fideicommissum instituentis dispositione restituere, vel relinquere teneatur, etiam ad inventarii confectiorem (*) & cautio-

Aa 3

nis

jus fideicommissi familiæ longissimi temporis præscriptione acquiritur. Verum enimvero si res inter eos agitur, quos tantum juris naturæ communio tenet, immemoriali opus est præscriptione, siue temporis vetustate, quippe, quæ juris est naturalis. v. GROTIUM *lib. II. c. IV. CONRING. de finibus Imperii in Conringianis tom. I. MEVIVS nucl. jur. natur. inspect. VI. §. 2. n. 2.* Atque si ad hunc casum ea quæ LIMA l. c. habet, restringantur, subsistere possunt.

(*) Ut constet, quantum ex instituentis voluntate restituendum sit, inventarii confectio fideicommissi possessore;

nis præstationem (*) est obstrictus.
Quod autem ad fideicommissarium,
ut

fessori omnino incumbit, & si testator eam remiserit, aut prohibuerit, designatio tamen quædam requiritur, ut illa possessor se ab omni fraudis suspicionem liberare queat. V. STRYK. *dissertat. de remissione inventarii*; atque hoc obtinere dicunt, licet Principis autoritate remissio aut prohibitio confirmata fuerit. *Nam lex naturæ* inquit LIMA *ad Molinaeum* p. 96. *universalis est, ut proprietas non diminuat*, *ejus autem diminutio sine inventario cognosci non potest.* V. PECK. *de testament. conjug. lib. V. n. 3.* SIMON DE PRÆTIS *cons. 96. n. 6.* FRANCISCUS PONT. *cons. 94. n. 3. & 4.* Sunt, qui existimant fiduciarium aut ejus heredes, hic non nisi per interpellationem in mora constitui. GUIDO PAPÆ *decis. 351.* Cephalius *cons. 396.* Peregrinus *de fideicommissis art. 35.* KLOCK. *tom. III. consil. 118. n. 28.* Atque ita in Senatu pedemontano judicatum esse, docet *Tesaurus decisionum LXXX.* Putarem tamen, hic quodammodo rei naturam pro homine interpellare. Iis autem, quibus partes sunt in fideicomisso familiæ, aut potius spes, inventarium est edendum. MEV. p. II. *decis. 150. & p. V. decis. 185.* petiturque conditione ex lege, aut imploratione judicis.

(*) Notum est, iuris romani usu fructuarium in usu fructu proprie dicto ad cautionem, quod boni viri arbitrio, re uti frui, & finito usufructu rem salva earum substantia restituere velit, teneri eamque nec per testa-

ut talem attinet, tametsi in pactitiis
fideicommissis, ex multorum senten-
tia

testatoris voluntatem remitti posse, docet *l. 13. pr. de usufructu l. 8. §. 4. de his, qui satisfacere cog. l. 6. ut possessionem legat. servand. l. 7. Cod. eodem l. 1. Cod. de usufructu.* Quod autem ad usufructuarium iuris gentium & germanici attinet, five eum, qui restrictum admodum habet dominium, illum quoque a cautione præstanda non esse immunem, ex eo liquet, quod bona fideicommisso obnoxia, non ex sua voluntate ad istos, qui ejus factum præstare debent, sed ad illos, quibus fideicommissum condens bene cupiit, transmittere debeat. Liceat ad maiorem lucem huic re affundendam adducere, ne quidem viduam illustrem, dotalitio fruituram, ex insignium ICtorum sententia, a cautione esse immunem. *WESENBECK cons. 91. n. 15. & alii, quos citat MYLER in Gamologia cap. XIII.* Fateor tamen in dotalitio æque ac in fideicommisso familiæ illustrium personarum hanc negligi solere cautionem, quidquid etiam de praxi in contrarium *HARTMANN PISTOR observat. II. afferat; neque enim tabulæ, quæ exstant, tale quid probant. MYLER l. c. §. XII. LVDOLF de juribus fæmin. illustrium sect. II. membr. II. §. 6.* Atque eo minus hac cautione opus est, quo magis illustrium personarum fides extra ambiguum est posita. Huic accedit, quod permulti ICti doceant, quod pro fideicommissi recuperatione tacita compe-
tar hypotheca, in omnibus bonis fideicommissi pos-
fesso.

tia, detractio trebellianicæ, si eam ad incommoda referre fas sit, non obtineat (*) attamen alia ipsi subeunda sunt onera, quæ nonnumquam pactis sunt determinata (**) talia sunt alimentorum (***) & dotis constitutio

sefforis. MIER *de majoratu part. IV. quæst. 34. n. 24.* MARZAR *de fideicommissis part. II. quæst. 46.* ESCOBAR *de ratiociniis c. 39. n. 13.* THESAURVS *lib. II, quæst. 13. n. 14.* Interim limitatio hic adiicienda videtur, cautionem nempe a fideicommissi, ac dotalitii possessoribus præstandam esse, si res deteriores reddere incipiant HENELIVS *de dotalitio cap. IX. §. 4.*

(*) In pactitiis fideicommissis trebellianicæ detractio non habere locum, affirmant SVRDVS *decis. 144. n. 22.* GRATIANVS *tom. II. discept. forens. cap. 247. n. 2.* LYNCKER *resolut. 1259.* differentiae rationem v. ap. FONTANELLAM *de pactis. nuptial. decis. IV. gl. 9. n. 145.* BRUCKMANN *consil. I. n. 202.* STRYCK *in U. M. P. lib. XXVI. tit. I. §. VIII.* Hoc autem non pertinet ad legitimam. v. TORRE *de pactis lib. III. c. 2. n. 113.*

(**) LVDOLF *de jure primogenit. part. special. aphorism. §. VI. p. 43.*

(***) Æquitas naturalis, cui lege civili derogari non potest, requirit, ut illis, qui a fideicommissio familiae excluduntur, convenientibus prospiciatur alimentis

tio (*) eis nempe, qui a fideicommissi participatione excluduntur, facta, & si
 Bb quæ

GUTTIEREZ *lib. II. quest. 14. n. 38.* SVRDVS *de alimentis privileg. 93.* MENOCHIVS *cons. 411. n. 17.* QVESADA *divers. quest. jur. c. 6. n. 18.* MOLINA *disputat. 578. tract. 2. disput. 616. versic. nihilominus.* Immo & hoc obtinet, licet primogenitura sine ulla alimentorum assignatione sit instituta. LIMA *p. 100.* & statutum obstat; statutum enim naturale præceptum solvere nequit SVRDVS *privil. 93. n. 9.* RHETIVS *in diss. de portione alimentaria.* Pertinent huc, quæ in jure publico de apanagiis & paragiis pertractantur. LVDOLF *de J. P. part. special. §. XII.* SCHILTER *de paragio & apanagio §. XIX. seqq.* Litem an paragia ab apanagiis distincta dentur, meam non facio; sufficit notare, inter affirmantes esse BETSIVM & SCHILTERVM, cui se HERTIVS opposuit, sed a THOMASIO, vel ab EPHRAIM GERHARD sub ejus præsidio est refutatus. Interea existimo, distinctionem recte acceptam suo non destitui fundamento, illam concertationem vero logomachiam quodammodo involvere. Conf. de LVDOLF *de primogenitura p. 63.* Plura de apanagiis v. apud CHOPINVM *de domaniis Francorum lib. I. & II.* BETSIVM *de pactis famil. illustr.* SPRINGFELD. *de apanagiis*, qui in permultis censoriam meretur virgulam. PFEFFINGER *ad Vitriarium tom. IV. p. 189. seqq. & in Conring. tom. II. p. 506.*

(*) Sicut filiabus ex feudo, si alia bona non adsunt, ita etiam ex fideicommissio familiæ competens dos est constituenda. MEVIUS *p. III. §. 367. n. 2.* LVDWELL *de*

quæ sunt alia hujus generis ipsum mantenentia. (*)

§. XIII.

de feudis p. 155. Quæritur, an ex fideicommissso familiæ etiam moniali dos præstanda sit, ubi receptior est sententia, sufficere monialem illam habere partem dotis, quæ monialibus de consuetudine tradi solet. LIMA *p. 110.* FANAC. MOLINA *de ritu nupt. l. III. p. 99.* In aliquibus tamen obtinet terris, ut dos filiabus, etiamsi aliunde sint dotatae, ex feudo, & fideicommissso familiæ constituatur. MOLINA *de just. & jur. disp. 616. n. 5.* MIER *de majoratu part. 1. quæst. III. n. 15.* Quod si dos, aut alimenta non constituentur, aut tantum pars eorum decernitur, fideicommissum familiæ quidem non est nullum, potest tamen ad alimenta, vel dotem, aut ad eorum supplementum agi. MOLINA *disput. 578. n. 5. & 616. n. 6.* SVRDVS *de aliment. tit. III. privil. 93. 18.* FRANC. VIVI *decis. 414.*

(*) Fideicommissi possessor, si conventionem, aut alio modo hac de re nihil certi statutum, ad sumtus, qui fructus non excedunt, præstandos, tenetur *l. 7. §. 2. & 3. l. 64. de usufruct. l. 7. cod. eod.* RICHTER *part. 1. decis. 20. n. 4.* Sic & tributa ordinaria, & extraordinaria, ut & omnia onera realia de suo solvit ACHILLES DE PADROCHA *consil. II. n. 3.* CASTILL *de usufruct. c. 57. n. 41.* Contra meliorationes industriales, necessarias, & perpetuo utiles, si ab allegante probari queant, ita acquirit, ut ad heredes, & ante eos, ad creditores transmittat, earumque nomine jus retentionis exerceri possit, nisi fideicom-

com-

§. XIII.

Ut autem fideicommissi constitutio recte sese habeat, præter eorum, quorum interest, consensum; (*) etiam

Bb 2

supe-

missum instituens hac de re aliter statuerit. Conf. quæ LOTICHIVS *de meliorationibus feudalibus* §. 26. seqq. habet. Videtur tamen hic observanda distinctio, quam SVEDERVS *de meliorationibus feudalibus* inter bonæ & malæ fidei possessorem adfert. Incrementa vero naturalia, ut & quæ temporis beneficio, vel rerum vicissitudine accesserunt, fideicommissio cedunt, & impensas voluptuarias fiduciarii vel fideicommissi possessoris heredes tollunt, si salva substantia tolli possunt; earum nomine enim, neque actio, neque exceptio competit. *l. 1. cod. de R.V. & l. 38. ff. eodem.* Exceptiones vide apud NEGVSAN, *de pignor. & hypothec. III. membr. 7. part. pr. n. 18.* ROSENTHAL *de feud. cap. 10. conclus. 43.* Denique oneribus, quæ fideicommissi possessor subire debet, etiam annumerari potest, quod *l. 9. §. 2. & l. 65. pr. ff. de usufruct.* continetur.

- (*) Nemini enim jus æqualitatis, quod jure naturali permittente, & jure civili, aut pacto non obstante habet, sine causa, aut illo non consentiente, eripi potest. Si enim alicui invito, absque causa, quidpiam detrahatur, jus ejus læditur, quod juri naturali juxta & civili repugnat. ROSENTHAL *de feudis cap. 7. concl. 3.* RVMELINVS *ad A.B. part. III. dist. 5.* Addunt tamen aliqui limitationem, si salus reipublicæ requi-

superioris in territorio requirunt suffragium. (*)

§. XIV.

requirit, illis etiam dissentientibus familiæ fideicommissum institui posse, aut si saltem major eorum pars, qui verum jus quæsitum habent, consentiat.

- (*) STRYCK *de successionē ab intestato & in U. M. P. lib. XXXVI. tit. I. §. 5.* cum HARPRECHTO putat, id non attendi, si de fideicommissio, in bonis Imperii immediatis constituendo, agatur: verum mihi hæc assertio multum dubii habere videtur; quamquam affirmare nolim, argumentum a pacto confraternitatis, ad pactum fideicommissi familiæ semper procedere. Si in terra aliqua Imperii feudali immediata jus primogenituræ stabiliri debeat, Imperatoris consensu opus esse. LVDOLF *de jure primogenituræ p. 52.* TITIVS *in specim. jur. publ. lib. IV. c. 4. §. 22. & disputat. de success. in Germaniæ territoria §. 39.* Porro in electoratu Bavarix, ad fideicommissa familiæ constituenda, Electoris requiritur consensus. LVNIG *corp. jur. feudal. tom. II, p. 524.* Ita & in terris brabantix, ad fideicommissum familiæ constituendum, Principis auctoritas necessaria est. *Avis imparial de la succession des biens d' Orange p. 55.* Idem in terris filesiacis obtinet. *V. diploma Rudolphi ap. LVNIG in corp. jur. feudal. germ. tom. II. p. 261.* In Saxonia constitutio fideicommissi familiæ, sine consensu judiciali, contracta non valet. LVNIG *loc. cit. p. 678.* Quid in majoratibus Hispaniæ hic obtineat. vid. ap. DIDACVM LVDVICVM DE LIMA *in addit. ad MOLINAM p. 4. n. 25.*

§. XIV.

Fideicommissorum familiæ institutorum finem familiarum esse conservationem, decus & gloriam, ex jamtum dictis manifestum est (*) non

B b 3

faci-

n.25. & DE SALZADO *tractatu de representatione lib. III. cap. V.*

- (*) Sic in medio ævo primæ classis nobiles fuere, qui multis terris, & bonis gaudentes divites vocabantur *Charta e Andree Episcopi ultrajectini de Anno 1134. una cum aliis subscripsit. Folwedus de Berma, vir liber & nobilis V. MIRÆVS in diplomat. belg, lib. I. C. 52. Hinc divites iidem ac nobiles in legibus Eduardi confessoris cap. 20. & apud HENRICVM REBSDORFENSEM ad ann. 1347. Vnde Hispanorum Ricos bombres haud dubie sumtum est. Leges alphonsinæ part. IV. tit. 25. l. 10. Ricos ombres segund costumbre de Espanna son illamados los, que en las otras terras diezen Condes o Barones. Conf. SALAZAR DE MENDOZA de dignitat. lib. III. C. 15. ALFONS CARELL. fol. 14. & 15. dignitat. grand. Castiliæ RELATION du voiage d' Espagne tom. II. lettre 5. Cum itaque in fideicommissis familiæ de ipsarum salute & incremento agatur, hæc potissimum favorabilibus, & iis quæ extensivam interpretationem admittunt, accensenda erunt. Siquidem vulgaria aliquid tantum ex favore habeant, nimirum ut subsistant, quando aliqua tantum ratione sustineri possunt, ut nimirum demortuorum valeant arbitria.*

facile enim familiarum dignitas & splendor sine opibus sustineri potest.
l. i. §. 13. *de ventr. inspiciendo.*

§. XV.

In fideicommissis familiæ solos agnatos succedere, ex antecedentibus liquet. (*) quoniam hi tantum familiam

(*) Descendentibus deficientibus, jus succedendi ex lege habentibus, ascendentes, & collaterales, juxta ordinem legibus aut conventionibus præscriptum, succedunt, quoniam hi de familia sunt. In Imperio nostro, si peculiaria non adsint statuta, aut conventiones, ad jus Civile est recurrendum. Dubium videtur, an in fideicommissis familiæ filio pater succedere possit: verum hoc omnino contingere potest, quando nimirum pater in favorem tantum filii successioni fideicommissariæ renunciat, hic autem deinde moritur, fideicommissum ad ipsum tanquam proximorem redit. Requiritur tamen, ut succedere volentes ex legitimo thoro nati sint, reliqui quippe & insignium familiæ expertes manent. STRYCK *de success. natural. per subsequens matrim.* Idem de legitimatis per rescriptum Principis statuendum esse, extra ambiguum est; nisi eum in effectum, consentientibus illis, quorum iuri quæsito inde nocetur, sint legitimati. PETRA *de fideicommiss. art. 23. n. 69.*

FVSARIUS *de fideicom. substit. quest.* 408. ROSENTHAL *de feudis cap.* VII. *conclus.* XIX. *n.* 5. TRENTACINQUE *var. resolut. lib.* I. *resolut.* 2. GAIL II. *observat.* 140. BETSIVS *de pactis famil. illustr. cap.* VI. *n.* 3. De legitimatis per subsequens matrimonium maior profecto dubitandi est ratio, quoniam illi in omnibus legitime natis æquales habentur, & in teudis quoque communiter succedunt, quoniam II. *feud.* 26. de legitimatis per rescriptum principis tantum loqui dicitur. LAVTERBACH *dissert. de legitimat. per subsequens matrimon.* CARPZOV *part.* III. *c.* 28. §. 17. STRYK *de success. ab intestat. disputat. i. c.* 3. & *in examine jur. feudal. c.* 15. *quest.* 38. MYNSINGER *centur.* V. *observ.* 47. GAIL *observat.* 141. *lib.* II. GOLLEGIVM ARGENTORATENSE *lib.* XXV. *tit.* VII. *th.* 10. Magnum hic doctorum numerum in contrarias abeuntium sententias refert LIMA *p.* 200. Aliqui concedunt, per subsequens matrimonium legitimatos, in ordinatione legis, ex legitimo thoro natis plene æquales haberi, non autem in dispositione hominis ANTONIVS FABER *decad.* 35. *errore* 6. Alii tamen improbant hanc distinctionem, & legitimatos per subsequens matrimonium ubique admittunt, ubi legitime nati sunt admittendi, nisi institutor fideicommissi vocet filios naturales & legitimos natos, & creatos ex legitimo matrimonio veros & non fictos vid. FVSARIUS *substitut. quest.* 409. *n.* 55. ITTER *de feudis Imperii cap.* 14. §. 2. MYLER *ad A. B. c.* VII. *n.* 17. & *in gamologia c.* 25. verum enimvero, quamcumque hic etiam elegeris sententiam; id tamen veritati conveniens mihi esse videtur, a fideicommissis illustribus inprimis, a regnorum, & principatum primogenituris & majoratibus per subsequens

liam conservant, & continuant. (*)
 succedentium autem numero etiam a
 patre

quens matrimonium legitimatos excludi, cum subsequens matrimonium non videatur extinguere contemptum, cui ex nativitate sua sunt expositi, quoniam eorum matrem pater justo matrimonio dignatus non fuerat. GROTIUS *de jure B. & P. lib. 2. C. VII. §. 14.* Hinc ab Hispaniæ maioratibus etiam per subsequens matrimonium legitimati remonentur. MIER *de majoratu part. II. quest. 2. n. 1.* ANGELVS MATEAZ *tract. de legat. & fideicommiss. lib. III. c. 21. n. 1.* IOHANNES GARCIAS *tract. de nobilitate gloss. 24. n. 20.* Limitationes, quæ addi solent, refert LIMA *pag. 207.* Quæ de legitimatorum exclusionem dicta sunt, nec ad eos, qui ex putativo matrimonio nati sunt, HERTII *dissertat. de matrimon. putativo*, nec ad eos, qui ex præmaturato concubitu sunt procreati, imo nec ad illos, qui ex matrimonio per benedictionem sacerdotalem consummato sunt suscepti, si parentes dissentiant; ille consensus enim nec ex jure canonico, nec ex jure naturali est necessarius, si liberi sibi alimenta procurare queant. GROTIUS *lib. II. cap. 5. §. 2.* THOMASII *dissertat. de hoc argumento.*

(*) Feminas excludi ob deficientem rationem, quam fideicommissa familiæ postulant, jam supra dictum. Illud autem, non solum, si fideicommissum a masculino est constitutum, obtinet: sed etsi a femina originem trahit, ubi tantum, deficientibus agnatis, in subsidium admittuntur. De reliquis, ad quos fideicommissa familiæ pervenire nequeunt, vide KNIPSCHILD *cap. pen.*

patre exheredati sunt; nam in fideicommissio familiae non succedunt ex translatione patris, sed ex voluntate fideicommissum constituentis. (*)

Cc

§. XVI.

(*) Quod ad modum succedendi attinet, natura familiae fideicommissorum infert, ut ibi successio linealis agnatica obtineat. vid. GROTIUS *de jure B. & P. lib. II. c. 7. §. 22.* TEXTOR *de success. lineali cum strictur. Schilteri.* ENGELBRECHT *de succession. in electorat. LVDOLF de primogenitura p. 36.* Ita ut proximior, aut proximiores in linea succedant, quod tamen in majoratu, ubi ad proximitatem gradus absque jure repræsentationis plerumque respicitur, exceptionem patitur. Vid. ENGELBRECHT *loc. cit. in nucl. J. P. gissens. p. 681.* Non autem successioni fideicommissariae fideicommissi possessoris exheredatio nocere potest, quoniam nulla imitatione hereditatis, ex dono fideicommissum instituentis, ad singulos, præscripto ordine, pervenit. GROTIUS *l. II. cap. VII. §. 25.* Quod reliquum, notari adhuc meretur, filium ante fideicommissi familiae institutionem natum, in fideicommissio ante alios ætate posteriores succedere. Applicemus in usus nostros quæ GROTIUS *lib. II. cap. VII. §. 28.* habet: *Quare & feudum, inquit, sequitur filium, qui ante primam vestituram natus est: sed & in lineali successionem simul ac regnum quæsitum est, spes aliqua parta est liberis ante natis. Nam fac alios postea natos non esse, (aut denatos) nemo natos excludendos dixe-*

§. XVI.

Omnes admittuntur agnati (*) in
qui-

dixerit. Sic Otto, ante acceptum a patre Henrico Germaniæ regnum, natus, fratri Henrico matris artibus suffulto, procerum suffragiis est prælatus. WITTECHINDVS CORBEJENSIS *lib. II. annal. p. 645. apud MEIBOM.*

- (*) Si primogenito bona hac qualitate prædita, tantum obtingant, aut seniori fideicommissum tale, primogenituram, aut majoratum appellari posse, supra monui. Majoratus in Germania infrequens est, frequentior primogenitura. Vide plura hujus exempla Principum imperii apud LVDOLF *de jure primogenituræ p. 26.* Sæpe tamen hoc aliquid ex dubio habet, aut saltem in controversiam vocatur. Vide *deductiones mecklenburg.* quæ super jure primogenituræ editæ sunt, & *deductionem brunsvicensem*, cui titulus *wahrhafter wolgegründeter Bericht und discurs p. 283. 303.* Adde alias deductiones ad jus primogenituræ pertinentes in LVNIG *bibliothec. curios. deduction.* & KLEINII *dissert. de jure primogenit. dubio.* Hoc jus autem nec legi naturali, nec humanæ, nec gentium observantiæ repugnare, probatum ivit LVDOLF *introduc. ad jus primogenituræ part. general. aphorism. XII.* RVSDORF *in vindic. Palatin.* ENGELBRECHT *l. c. p. 679.* BETSIVS *de pact. famil. illustr. cap. 8. §. 2.* ITTER *de feudis Imperii cap. 12. §. 5.* GROTIUS *de F. B. & P. lib. II. c. VII. §. 12.* RVFFENDORF *de jur. N. & G. lib. VII. c. 7. §. 2.* DIETERICVS *ad A. B. tit. 24.* Nescio autem an omnia, quæ hic auctor ad primogenituræ constitutionem requirit, ubique sint in usu. Sic omnino
ab

quibus familia conservari potest, (*)
 licet eam per propagationem conti-
 nuare

Cc 2

nuare

ab usu recessisse videtur, quod Betsius asserit, Statuum Imperii consensum, si in Imperii allodio familiæ fideicommissum constitui debuit, requisitum fuisse. vid. *deduct. mecklenb.* cui titulus: *gründliche Wiederlegung* p. 16. Disputat quidem contra juris primogenituræ æquitatem SIDNEI *dans le discours sur le gouvernement tom. I. chap. II. sect. IV.* Sed illius argumenta aut nihil probant, aut saltem ostendunt, quod ætatis prioritas non sit juris naturalis præceptivi. Liti autem, quæ in Anglia ventilata est, an Cainus jure primogenituræ gavisus fuerit, me non immisceo. Vid. *the finishing stroke being a vindication of the Patriarchal scheme* p. 27. *seqq.* & SIDNEI *l. c.* Interim hic utilitatem in rempublicam, ex jure primogenituræ promanantem, non in dubium vocat. De commodis, quæ Imperii territoria ex iure primogenituræ sortiuntur, peculiari dissertat. agit VOIGT a SALZTBURG. *junge MOLIN. de justitia & jure tom. III. p. I. tract. II. disputat. 626.* Egregia sunt, quæ habet MARIANA *lib. X. c. I. histor. hispanic.* Unicum tantum adhuc addam, valde probabilem videri Molinæ de primogenitura hispaniæ sententiam, ex divisione prohibita ius primogenituræ ortum esse, quidquid etiam in contrarium opinentur GOTHOFRED. ANTON. *disput. feudal. 6.* KNICHEN *de Saxon. non provocand. jur.*

(*) Circa ordinem succedendi in familiæ fideicommissis
 lites

nuare nequeant, aut ad seruitia, quæ plerumque feuda requirunt, sint inepti. Nam sufficit ad idoneum fideicom-

lites nonnunquam enasci solent, præsertim, si disponentes voluntate, pactis, lege, aut observantia, dubia, quæ exoriri possent, non præcaverunt. Sunt, qui ex novella CLIX. §. *nos igitur* evincere fatagunt, fideicommissa alienandique prohibitiones non ultra quartum gradum extendi: verum hæc novella tantum ad fideicommissum, quod ex nuda alienationis prohibitionem apud Romanos erat ortum, non autem ad fideicommissum familiæ, quod in perpetuam familiæ conservationem est constitutum, pertinet. SCHRADER *consil.* XIII. n. 183. FÖRSTER *de success. ab intestato lib.* I. cap. 14. n. 5. FABER *in cod. lib.* V. tit. 20. Succedunt, qui primo ab institute vocati sunt, tam sui, quam emancipati, deinde alii eiusdem familiæ, qui sunt proximiores, secundum computationem iuris civilis. Quod si vero ad aliquas tantum personas restrictum sit, a fideicommissis omnes alii excluduntur agnati, & in linea primogenea primogenitus tantum succedit, & si ille moritur, filius eius natus maior locum ipsius adipiscitur. HERT. *de special. R. G. sect.* §. 6. MOLINA *de primogenit. hispan. lib.* II. cap. 10. n. 21. BETSIUS *de pactis famil. illustr.* p. 377. MYLER *de Principib. & Statib. Imperii part.* I. c. 24. LVDOLPH. *de iur. femin. illustr. sect.* II. §. 8. *seqq.* LIMNÆVS *ad A. B. cap.* VII. Habere autem in fideicommissis familiæ ius vicariæ successionis vel repræsentationis

commissi familiæ successorem, si in eo nomen, insignia, & bona familiæ conservari, & ad alios ejusdem gentis transmitti queant; servitia enim, quæ dominis directis debentur, familiæ fi-

Cc 3

dei-

sentationis locum, ad unum fere omnes asserunt J.Cti. Vid. DECIANVS *consil.* 299. n. 3. VALASCIVS *de jure emphyteutico quæst.* 50. n. 29. MOLINA *de jure primogenit. lib.* III. c. 6. n. 41. ANTON. GAMMA *decis.* 59. n. 3. & *decis.* 215. Quæritur hic, an ad fideicommissum constituenti, an ad ultimo defuncto proximior sit respiciendum? vid. GRATIANVS *disceptat. forens. tom.* II. p. 285. n. 21. 22. Non dubito eorum subscribere sententiæ, qui statuunt, ad proximitatem hic, quæ, cum ultimo fideicommissi possessore intercedit, respiciendum esse; possessor enim fideicommissi sibi suisque descendentibus propriam constituisse videtur lineam. LIMA ad MOLINAM p. 247. *seq.* Deinde infinitæ & inextricabiles propemodum exoriantur lites, si proximitas cum fideicommissum instituente attendi deberet. Porro quæritur, an nondum natorum, conceptorum tamen hic quoque ratio haberi debeat, quod asserendum existimo, cum nascituri infavorabilibus pro iam natis habeantur, nec obstat l. 14. *de jure codicillorum*; nam hic sermo est de eo, qui nec in rerum natura est, nec in ea, quo ad spem certam erit. Sic & non stringit, quod §. 28. *Institut. de legatis* habetur, nihil enim ille §. innuere vult, quam ei, qui in utero est, nihil ita relinqui, ut hoc ad alios trans-

mit-

deicommissa non exigunt. (*) Tales sunt

mittat, antequam nascatur. Atque ita verior est sententia, fideicommissum revocabiliter concessum, si alius proximior jam conceptu sed nondum natus est. multi tamen contrariam tuerentur opinionem. vid. LIMA l. c. p. 2490. seq.

- (*) Hinc sacri Equitum Ordines fideicommissorum familiae sunt capaces, quoniam hi quoque familiam, & agnationem continuant, & post suam mortem bona agnatis relinquere possunt; ut jam non dixerim, esse, qui dubitant, an hi revera ad Clericorum pertineant classem; quamvis MENDO *disquisit. II. quest. II. §. I. seqq.* eos clero vindicet. Rationes illius refert DITMAR *in annotat. ad BECMANNI tractatum Beschreyung des ritterlichen Johanniter-Ordens pag. 14.* quas inter praecipua esse videtur, quod omnia, ad quae societatem hanc ingredienti se obstringunt, pro fine, religionis defensionem, & promotionem habeant. Nec inter promissa est, quod bonorum, ad societatem illam, cujus membra sunt, non transmissibilia, expertes manere velint. Vid. *les statuts de l'ordre de S. Jean de Jerusalem* ap. BAVDOIN. Atque hoc eo minus dubii habet, si Equites ecclesiastici bona tenere, & ea ad descendentes transmittere queant. Hoc privilegium Ordini S. Jacobi ab Alexandro III. Pontifice datum est. Vid. *BVLLARIUM CHERVBINI tom. I. p. 42. nov. edit. Chronica de sancto jago fol. 13.* ubi Bulla hispanice conscripta habetur. MENDO *disquisit. V. quest. 2.* BECMANN *de Ordine johannitico p. 19.* Nec desunt exempla, Pontificem indulsisse, ut Iohannitici quoque

sunt Ordinum quorundam ecclesiasticorum,

que Equites uxores sibi jungere potuerint. MENDO
l. c. quest. 3. Nec obstat paupertatis votum, illud enim in Equitibus, si quod præstant, potius pro voto caritatis, quam paupertatis est habendum. Neque puto, vota paupertatis Templariorum, quibus se ad modum Canoniorum regularium obstringebant: *in obedientia & castitate & sine proprio militaturi summo Regi*, ita striete fuisse acceptum. JACOB DE VITRIACO *in histor. Hierarch. cap. 65.* GVRTLER *in historia Templariorum cap. 65.* Inprimis hoc locum habuerit, si MENDONI, illos castitatem conjugalem professos esse, fides habenda. Tametsi igitur Templarii propriis non destituti bonis fuisse videantur: ea tamen tot avidos in illos excitasse oculos, qui tandem exitium ipsis pepererint, non assero. vid. GVRTLERI *historiam Templariorum p. 332. seqq.* LEIBNITII *cod. diplomat. mantiss. p. 76. seqq.* GRYPHIUM *von geist- und weltlichen Ritter-Orden pag. 32. seqq.* Cogitavit quidem PUTEANVS, peculiari scripto ea, quæ in ipsos decreta sunt, justitiæ vindicare: sed nescio, an dicta eius & placita ubique veritati sint consentanea. vid. THOMASII *dissertationem de Ordine Templariorum sublato.* Sed videant de his alii, de quibus ego in transcurso quasi monui, traditurus, Ordinum sacrorum membra fideicommissorum familiæ non esse incapacia. Hoc magis adhuc praxis, & virorum celebrium comprobant testimonia. Idcirco potestate inquit, RODRIQUEZ *ordin. quest. regular. art. 3.* gaudent Equites militiarum, ad contrahendum matrimonium, etiam pro pietate facultatum potiri. Adde

de GARCIA de beneficiis tom. I. p. 7. cap. 10. n. 9. seqq. Quare votum non reddit eos incapaces dominii, ut docet MOLINA tom. I. de iustitia & jure tract. II. disput. 141. solumque relinquit usum dominii legatum, seu subordinatum Ordini, in his, quæ per ejus statuta & consuetudinem fuerint introducta. Cum alias ex privilegio pontificio Equites suis bonis fruantur, majoratus possint instituere, & in ea succedere, vendere, & alia ejusmodi agere. MENDO disquisit. IV. quest. 1. n. 6. Cæterum fideicommissa familiæ a Clericis nostris nequaquam abhorrent, utpote qui itidem nomen, dignitatem, & bona familiæ conservare queunt. Horum sunt Cardinales, Archiepiscopi, Episcopi, Canonici cathedrales, secus autem se res habet in regularibus, qui ut monachi monasterio, societati, cuius sunt membra, non familiæ acquirunt. Summus ille cœtus, qui Pontificem, cuius sunt Membra & Consiliarii, caput habet, quin bonorum fideicommissorum sit particeps, nemo facile in dubium vocabit, qui cognitum habet, Ecclesiæ nostræ Procures multorum sæpe bonorum esse participes, & libere de iis posse disponere. LANCELLOTVS in templo omnium judicum lib. II. cap. II. §. 3. Idem de Archiepiscopis & Episcopis dicendum. vid. ZIEGLER de Episcopis cap. XXVII. LEVREN for. benefical. part. III. p. 62. ESPEN in iure ecclesiastico part. I. tit. 29. quanquam asserere nolim, in nullo plane canonicos regulares a monachis esse diversos vid. c. quod Dei X. de statu monach. & ad illud GONZALEZ. ESPEN in opuscul. variis part. I. c. 2. ZYPPÆVS consult. canonicar. lib. V. tit. I. consult. I. n. 2. p. 286. Interim non ignoro, controversiæ esse obnoxium, an monachus successionis fideicommissariæ in familiis fiat incapax. SVRDVS consil.

corum, Equites & Clerus noster secularis. (*)

Dd

§.XVII.

*consil. 557. n. 14. quoniam monachus retinet iura su-
tatis, & prioritatis in gradu, & quod monasterium ad-
ministrat, durante vita monachi, etiam agetur de con-
servatione familiæ. Huic sententiæ accedit SANCHEZ
in præcept. decalogi lib. VII. cap. 15. n. 18. vid. LIMA
p. 75. Aliqui eos tantum tunc non admittunt, ubi ma-
ioratus dignitatem & iurisdictionem annexam habet.
MOLPHES ad consuetud. Neapolitanor de success. ab
intestat. part. IV. quæst. 65. n. 19. & 20. Verum qui
monachis hic ius succedendi tribuunt, a veritatis
tramite aberrant; nam illi servorum sequuntur con-
ditionem, & nihil proprii habere possunt, atque a
rebus sæculi abhorrere debent. AZOR institut. mo-
ral. part. I. lib. 12. cap. 10. ZYPPÆVS consultat. canon.
I. n. 6. Ad monasterium autem ius succedendi trans-
mitti, aut ei cedi non potest, cum oriatur ex iure
sanguinis, quod talem transmissionem aut cessio-
nem non admittit, aut voluntate disponentis, quæ
talem cessionem, ob fideicommissi familiæ naturam,
exclusisse videtur. Hinc a fideicommissio familiæ
cum præcepto ac delatione nominis & armorum
monachum proscribunt MANTICA de coniecturis
ultimar. voluntatum. ALVARAD de coniect. ment. defuncti
lib. II. c. 3. CANCERIVS tom. II. variar. resolut. FABER
lib. VI. cod. tit. II. defect. 25. JOANN DE CASTILLO
lib. III. controvers. cap. 12. n. 54. De monasteriis bono-
rum incapacibus multo minus habebit dubii, quod
socii eorum a familiæ fideicommissis sunt remoti.*

(*) Clericos a feudis removeri dicunt, quia vita eorum
ab

§. XVII.

Jus, quo fiduciarius gaudet, est usufructus, non in sensu juris romani, sed germanici sumtus, aut dominium, (*) sed restrictum, & non possessio-

ab armis abhorret. Vid. eruditam dissertat. ZIEGLERI, cui titulus *Episcopus miles*, & agmen textuum iuris canonici & Doctorum, excitatum a SCHVLZ in *synopsi iuris feudalis cap. VII. n. 91.* Neque hic Cardinales, Archiepiscopos, Episcopos, & Abbates exceptos esse, addunt. ROSENTHAL in *synopsi feud. cap. VII. conclus. 29.* RITTERSHVS *paratitl. feud. verum*, quomodocumque etiam hæc se habeant, consuetudine propemodum universali inde discessum est, ita ut Clerici sæculares ad successionem in feudis admittantur; possunt enim, si feuda non sunt franca, per substitutum servire, aut *adobam* solve-
 VVLTEJVS *c. 9. n. 131.* ROSENTHAL *l. c. conclus. 30. n. 8.* Imo COCCEJVS in *hypomnem. iuris feud. tit. IV. §. 8.* existimat, si dominus sciens Clerico feudum largiatur, servitia esse remissa, aut pietate compensari. FINKELTHAVS *disput. feud. V. thes. 15.* Eo minus itaque habet dubii, Clericos fideicommissorum familiæ esse capaces. De Cardinalibus in specie vid. constitut. Clementis IX. de anno 1667. tom. VI Bullarii magni p. 258. edit. nov.

(*) Omnibus itaque domini gaudet effectibus, nisi quidam hominis, aut legis voluntate sint excepti. Lucra-

seffloris voluntate, sed fideicommit-
tentium placito, aut legis, vel mo-
rum dispositione ad alios transmissibi-
le. (***) Prohibita itaque in familiæ fi-
deicommissio est alienatio (***) & hæc

Dd 2

qua-

tur itaque thesaurum, aliaque emolumenta, & fru-
ctus fideicommissi restitutioni non sint obnoxii, nisi in
ipsa constitutione, aut lege vel consuetudine aliud sit
receptum. Itaque illi, qui asserunt fideicommissi pos-
sessorem non usufructuarium tantum, sed dominum
esse, de usufructu ex iuris romani tenore loquuntur.
GVTIEREZ *præct. quæst. lib. II. quæst. 17, n. 8. &*
lib. III. quæst. 89. n. 7. GIVRBA decis. 69. n. 37. Quid in
fructibus civilibus obtineat, vide apud KNIPSCHILD
de fideicommiss. famil. c. X. n. 53.

(*) Q. an possessio, æque ac ipsum dominium, ipso iure
transeat in successorem fideicommissi, quod non
quidem ex iure romano, ex Germanorum tamen
moribus obtinere videtur. LYNCKER *resolut. LIII.*

(***) Videntur hic omnes alienationi prohibitæ esse, etiam
oppignerationes, insciis & invitis illis, quorum partes
sunt in familiæ fideicommissis; quod si enim licitæ es-
sents, facile res, fideicommissio subjectæ, notitiæ pos-
sent elabi & ita plene amitti, aut saltem controversæ,
vel deteriores reddi. Quapropter sub generali alienati-
onis vocabulo etiam hypothecæ datio comprehendit-
tur arg. *leg. julia de fundo dotali* VINCENTIVS
DE FRANCHIS *decis. 105. n. 5. MOLINA disputat.*
652. n. 2. CHRISTINÆVS *decis. belg. 185. n. 18.* De-
inde

qualitas huic fideicommisso ex natura nego-

inde inter alienationis species esse quoque transactionem, donationem, venditionem, & si quæ aliæ sunt huius generis translationes, ex earum definitionibus & legibus in vulgus propemodum notum est. Huic accedit, quod aliquibus in locis, si bona fideicommisso obnoxia alienari debent, superioris requiratur consensus. v. de Austria constitutionem Leopoldi in *LVNIG corp. jur. feud. german. tom. II. p. 437.* Sunt tamen validæ alienationes, v. g. si omnes, qui spem fideicommissi habent, consentiant. *l. II. cod. de fideicommissis l. 120. de legatis I. MANTICA de tacit. & ambiguis consention. lib. XXIII. tit. 20. n. 23.* Oportet autem, ut consensus ille expresse ad actum alienationis sit directus, & non sufficit instrumentum alienationis, ut testes subscripsisse; sic & satius est, ut consensus sit expressus, 2.) Si in familia de bonis fideicommissum constituentibus exoriantur lites, de iis transigi potest, aut pactum iniri. *CEPHAL consil. 261. n. 35. lib. II. GRATIANVS tom. III. c. 476. n. I. MANTICA de tacit. & ambig. convent. lib. 26. tit. IV. n. 20. CARPZOV. part. II. c. 35. d. 18. n. I. seqq. STRYCK de cautel. testament. cap. XXI. membr. II. §. 3. Monet KNIPSCHILD de fideicommissis familiae c. II. n. 102. talem transactionem inprimis secure fieri posse si clausula: de præcepto iudicis, accesserit. Vid. STR. l. c. 3.) Læsis ultra dimidium transactionem vitiat; quanquam enim illam leges romanæ non current, LAVTERBACH. ad tit. ff. de transact. circa finem.*

nem. FABER *error. pragmat. decad. 8. dub. 9. error. 10.* MOLINA *de just. & jure disput. 556. n. 10.* LIMA *p. 303.* Neque videtur testatoris prohibitio hic aliquid operari posse, si justæ ad sint transactionis causæ, utpote si in reipublicæ salutem, & tranquillitatem, quæ suprema lex esto, cui privati suis dispositionibus derogare non possunt, vergat. GALERAT *de renunciat. renunci. 44. n. 11.* CARDINALIS DE LVCCA *tract. de fideicommissis disc. n. 25.* Vid. plura ap. STRYCK. *l. c. §. 5. & 6.* Atque si hoc modo transactum, nascituris, nondum conceptis jus, quod inde forte habere potuissent, non oritur; non entis enim nullæ sunt affectiones præsentis & futuræ; & jus, quod amissum, antequam existere incipiunt, illis nasci non potest. Cessat autem prohibitio alienationis, si propter alimenta, aut dotem bona fideicommissaria sunt alienanda, per *auth. res quæ cod. comm. de legat. & fideicommiss.* GRATIANVS *tom. II. disceptat. forens. cap. 331. n. 25.* COVARRUVIAS *lib. III. variar. resolut. cap. VI.* SORDVS *de alimentis tit. 1. qu. 14. n. 16.* NATTA *consil. 61.* CEPHAL *consil. 261. n. 22.* GAIL II. *obs. 137. n. 17.* PETRA *de fideicommissis quæst. 8. n. 330.* STRYCK. *l. c. §. VIII. seqq.* An autem sub alimentis studiorum sumptus comprehendantur, dubium est. KNIPSCHILD *de fideicommiss. famil. c. II. n. 321.* STRYCK: negativa tamen, quam *l. c. §. 18.* habet, verior videtur, quoniam non tanta necessitas est studiorum, quam alimentorum. Interim censetur, præter limitationem, quam STRYCK adfert *l. c.* alia adhuc admittenda esse, si ingenio excellentissimo, in reipublicæ salutem verisimiliter nato, studiorum sumptus sint suppetendi. Observandum est, quæ hic de alienatione

negotii inest (*) licet hoc non sit expres-

sione necessaria dicta sunt, tantum ad descendentes, non ad collaterales spectare, ita ut horum intuitu talis alienatio nulla sit. FVSARIVS *de subst. quæst.* 536. n. 8. CARDINALIS DE LVCA *tract. de fideicommiss. disc.* 163. n. 2. & *disc.* 171. n. 8. Ulterius permessa erit alienatio, ad redemptionem captivorum, si filius gravatus captus fuerit; præsumitur enim pater filium redemisse, quantovis pretio. *Auth. cum rogatus Cod. ad SCtum trebell.* STRYCK §. 19. MOLINA *de primogenit. hispan. lib. IV. c. 6. n. 9.* Denique bona, fideicommissio familiæ obnoxia, alienari possunt, ob æs alienum, ab ipso fideicommissum constituyente conflatum l. 69. §. 1. *de legat. II. l. 114. ff. de legat. I.* SVRDVS *decis.* 62. n. 21. *seqq.* INTRINGIOLVS *de substitut. cent. V. quæst.* 73. n. 47. STRYCK §. 21. & 71. ubi cautelam addit: *nihil hisce in casibus solemnius esse, quam si decretum solenne magistratus, cum exacta causæ cognitione, intercedat.*

(*) Fideicommissum familiæ sua natura est inalienabile. TORRE *de successione ab intestato lib. III. c. 2. n. 31.* Nuda vero alienationis prohibitio non efficit fideicommissum, licet pluribus facta fuerit vicibus. GRATIANVS *discept. forens. c. 280. n. 26.* ex prohibita tamen alienatione, vestita causa, ut loquuntur practici, absolute inducitur fideicommissum. SVRDVS *decis.* 238. n. 8. RIMINI *jur. constl.* 633. n. 110. GRATIANVS *l. c.* Idem est, quando Icti dicunt distinguendum esse, si prohibitio alienationis sit per modum causæ, utpote si testator dixerit: *sic enim fiet,*

ut

pressum. Et si alienatio fit, ipso iure nulla est, & potest fideicommissum alie-

ut bona non exeant de familia, aut per modum dispositionis. v. g. prohibeo bonorum alienationem, quia volo, ut bona mea perpetuo maneant in familia vel agnatione mea. Ubi in posteriori casu, non autem in priori familiæ fideicommissum inductum dicunt. DECIVS *consil.* 636. n. 7. vol. 2. ROTA *part.* I. *decis.* 568. FVSEAIUS *de fideicommissar. substitut. quæst.* 688. n. 17. ALCIATVS *resp.* IOI. n. 4. MENOCHIVS *consil.* 197. n. 20 & *consil.* 900. n. 19. LIMA p. 19. Fateor tamen, circa hanc distinctionem magna mihi suborta esse dubia. Cumque ita bona fideicommissis familiæ subjecta, extra familiam alienari nequeant, fideicommissi possessor de iis etiam ultima voluntate disponere non potest, quia omnes, ad illam familiam pertinentes, jus quæsitum habent a maioribus, quod ipsis a fideicommissi possessore adimi nequit, & semper apud Germanos major religio pactorum, quam ultimarum voluntatum fuit; ita ut ad eos jus illud romanum, neminem sibi jus testandi adimere posse, non spectet. STRYCK *in V. M. lib. I. tit. VII. §. 13.* Deinde si res est alienari prohibita, dispositio de illa est inutilis iure. §. *si quoniam, authent. sponsalit. largitat.* Nec exempla testatorum hic mutationem inducere possunt, quoniam non respiciendum, ad id quod factum, sed quod iuste fieri potuit; actus enim, qui legibus, aut naturæ negotii, ex quo jus quæsitum ortum est, repugnat, est, ac si non fuisset celebratus. vid. *anti-manifestum saynense p. 79.*

alienatum a proximo fucceffore, absque pretio, revocari. (*)

§. XVIII.

(*) Quoniam in fideicommisso familiæ, ut diximus, linealis successio locum habet, factum patris, filio qui ejus non est factus heres, sed tantum successor, in fideicommisso nocere non potest. Neque enim hic ut in feudo filius, fideicommissum familiæ cum bonis patris conjunctum habere debet; talia namque jura, ut singularia, & libertatis expertia, interpretationem extensivam non admittunt. Imo sunt, qui putant, etiamsi filius patris factus sit heres: ejus tamen factum, quoad fideicommissi alienationem, ipsum præstare non teneri, quoniam per *l. final. §. 2. Cod. commun. de legat. & fideicommiss.* Actus alienationis penitus nullus declaratur. LYNCKER *analect. ad tit. digest. de except. rei vendit. &c.* Ludolf *l. c.* Interim jus revocandi tamdiu locum non habere, quamdiu ille vivit, qui alienavit, videtur. Pertinet autem hoc tam ad natos, quam conceptos, qui a primo conceptionis momento, juxta communes medicorum opiniones, vivunt. Conf. ALBERTI *de tempore animationis fætus humani*, qui numerosa autorum serie sententiam suam corborat. Hi autem ius quæsitum, ad fideicommissum familiæ ex instituentis intentione accipiunt. Atque eorum ius, quamdiu non sunt in lucem editi, familia sustinet. Porro remotior, ratione proximioris, pro extraneo habetur. Itaque ultimus fideicommissi possessor, in præiudicium proximioris agnati, disponere nequit, ita

ut

§. XVIII.

Ad lites de fideicommisso familiæ componendas tum possessoria, tum & petitoria competunt remedia; quod ad possessionem attinet, tum retinendæ (*) tum adipiscendæ, (**) tum & Ee recu-

ut quidpiam in favorem remotioris constitueret; nam per voluntatem primi conditoris fideicommissi familiæ manus ei, ut loqui solent lingua forensi, ligatæ sunt. LVDOLF *de jure primogenituræ part. special. §. VI. p. 49.* Quæritur autem, an ius revocandi bona, fideicommisso subjecta, alienata per præscriptionem amitti possit? Ubi dicendum autumo, si agitur inter privatos, aut inter Ordines Imperii, quibus norma ex pacto est ius civile, longissimi temporis præscriptionem sufficere. Si autem inter eos, qui nulla iuris civilis communione tenentur, res ageretur, immemoriam requiri. vid. MYLER *etolog. Ordinum Imper. cap. XVIII.* & CONRING *tom. I.* Unius tamen negligentia alterius juri, nondum aperto, noxia esse nequit.

- (*) Quid summariissimi natura involvat, nempe recentioris sive præsentaneam, quam dicunt, possessionem, sat superque jurisperitis perspectum est. Respicitur autem hic tantum ad nudum factum possessionis, modo non sit clancularia possessio, aut vi vel precario inducta; non vero ad possessionem, quam vernaculo pra-

praxeos vocabulo, qualificatam, vel titulatam appellare solent; ita quidem, ut, quando alius possidet, alius vero turbat, nequidem ob armorum periculum, aliqua fieri debeat vel inhibitio, vel sequestratio. MEVIUS *consil. LXIII. n. 63.* VINCENTIVS DE FRANCHIS *decision. neapolitan. CCIV. n. 81.* GAIL *lib. I. observat. V.* GRAKE *de vi privata.* Suadendum tamen, potius hic iudicis opi, quam facultati, quam quis ex iure habet, inniti. Ita & iudicis officio incumbit facultatem illam, si quæ inde mala in rempublicam redundare queant, circumscindere, & vim privatam aut inhibere, aut limitare. Proceditur autem in hoc interdicto summarie, nec admittuntur æque ac in aliis interdictis exceptiones altioris indaginis, aut remedia suspensiva. *l. unic. Cod. de momentan. possession. l. ult. Cod. de appellat. recip.* IOSEPH LVDOVICI *decision. lucens. 20.* IOANNES GVTIEREZ *canon. quæst. 34. n. 212.* MIER *de majoratu part. IV. quæst. VII. n. 18.* Quamquam, quoad remedia suspensiva, ius canonicum in diversum abire videatur *c. 10. & 51. X. de restitut. spoliator. Clement. unica de sequestr. & Clement. unic. de caus. possess. & propriet.* Sunt tamen, qui contendunt, allegatos juris canonici textus non de possessorio summario, sed ordinario, aut casibus quibusdam specialibus intelligendos esse. Vid. PFANKVCH *de summariissimo possessorio cap. XVIII. n. 61.* Mevius *part. VII. decis. 20.* Quod ad exceptiones dilatorias attinet, illas processus possessorius non spernit; itaque aberrant, qui affirmant, in iudicio de fideicommisso familiæ possessorio exceptiones cautionis pro reconventionem & expensis nec

recuperandæ possessionis prodita sunt
interdicta (***) quod si vero in peti-
torio
E e 2

nec non illegitimationis non attendi. CÆSAR BARZ
decis. bononiens. XLVI. n. 48. VINCENTIVS DE A-
NANA in capite de vasallis decrepitæ ætatis num. 432.
PAVLVS ÆMILIVS part. II. n. 342. MENOCHIVS
consil. 928. n. 14. & consil. 186. n. 29. exceptionem il-
legitimationis non admittunt, nisi notorie altiore
indaginem non requirat: verum videtur hæc limi-
tatio minus esse necessaria; cum plerumque hæc ex-
ceptio ejusdem sit conditionis, ut in continenti li-
quida reddi queat. MENOCHIVS *de adipiscend.*
possess. remed. IV. n. 759. & consil. 8. CÆSAR DE GRASS
decis. 103. n. 7.

(**) Potest successor in fideicommissio vacuam possessio-
nem propria autoritate occupare *l. penult. §. ult.*
ad SCtum trebell. Neque dubium habet, remedium
interdicti *quorum bonorum* hic utile esse: an autem,
si fideicommissi familiæ institutio in testamento est
facta, ex *l. fin. Cod. de edicto Divi Hadriani* tollen-
do, agi possit, quodammodo controversum est. Ne-
gativam veriore esse, contendit Mevius *part. IX.*
decis. 134. quandoquidem, ante restitutionem fa-
ctam, successor nullum in rebus jus esse dicatur, nec
facultas possessionem apprehendendi; hujus tamen
doctrinæ limitationes admittit.

(***) Remedia restitutoria, quæ jus civile & canonicum
porrigunt, quorum loco hodie mandata cum & sine
clausula impetrari solent, hic locum habere, extra
ambi-

torio res agatur, suppetunt pro diversitate negotii actio personalis ex testamento (*) actio ex senatusconsulto trebellianico, de qua in cap. Ildo traditum. Si pactitium est fideicommissum, actione ex pacto experiendum esse, liquet. (**) In fideicommissis familiæ, singulari eæ locum habent actiones, quæ in legatis obtinent. (***)

§.XIX.

ambiguum est. *MENOCHIVS remed. recuperand. IX. n. 113. seq. & 304. GAIL lib. II. observat.*

- (*) Jusjurandum deferri potest, etsi nihil probatum *MEV. part V. decis. 405. n. 4. LAVTERBACH ad tit. ff. de iuramentis.*
- (**) Vid. *STRYCK & LYNCKERI dissertationes* de hoc argumento.
- (***) Pertractant hoc argumentum *CARPZOV & BRVNNE-MANN de processu, MARTINI ad processum saxonicum, SCHWENDENDÖRFER ad FIBIGIVM, RIVINVS in enunciat. juris, NICOLAI de processu, BERGER in elect. disceptat. forens. STRYCK introduct. ad prax. forensam, BARTH in bodogeta juris, LUDOVICI, in introduct. ad processum, GREBNER in princip. processus.*

§. XIX

Sententia si intra decendium per remedium (*) aliquod non suspenditur, in vires rei judicatæ transit, & valet pro omnibus, & contra omnes, quorum in fideicommissio familiæ partes sunt. (**) Modo facultate agendi polluerint, iisque jus agendi jam tum fuerit natum.

E e 3

§ XX.

(¹) De remediis hisce consulendi sunt authores, qui ad proxime antecedentem §phum citati fuere.

(²) Solent JCTi formare regulam: *quod sententia, lata contra possessorem fideicommissi familiæ, præjudicium afferat sequentibus ejusdem conditionis* VALENZ consil. 69. LIMA p. 269. Nonnulli hanc adhibendam esse distinctionem existimant: quod si de rebus fideicommissi contentio est, & semper fertur sententia, quod illæ res sint liberæ, vel restitutioni obnoxia, hanc sententiam etiam spectare ad successores: at si lis circa vocationem & prælationem successionis ventilatur, sententiam, de hac lite pronunciatam, successoribus nullum inferre detrimentum DECIVS consil. 445. FACHINÆVS *controvers. juris civil. cap. 84.* An autem jusjurandum hypothecam, vel tacitam saltem inducat, ut volunt SVRDVS decis. 225. n. II. GABRIEL *loc. cit. lib. III. conclus. I. n. 7.* MANTICA
de

§. XX.

Qui ad consequendum fideicommissum agunt, duo probare necesse habent, I.^{mo} se esse proximiores ex agnatis, quæ probatio variis fit modis, veluti per conjecturas, five argumen-
ta

de tacitis & ambiguis conventionibus lib. IV. tit. 10. n. 44. valde dubium est. Hinc aliqui hoc non admittunt; nisi ad iuramentum generalis accesserit hypotheca; tunc enim putant, adversus tertium possessorem, nulla beneficii ordinis habita ratione, ad vindicandam rem alienatam, actionem institui posse. Vid. DIDACVS DE LIMA AD MOLINAM *de primogenit. hispan. p. 71. 72.* Porro monendum, etsi ad fideicommissum familiæ consequendum, hereditatis directa non detur petitio: dari tamen utilem, BOHMER *de act. sect. II.* putat, quoniam per pactum, tanquam titulum, alteri jus hæreditarium constituatur, ita ut ex hoc, non ex pacto successor in fideicommissum familiæ hæc competat actio.

- (*) Pro acquirendo fideicommissum familiæ particulari, eadem, quæ pro legatis, dantur actiones. Habet autem legatarius actionem in Personam, quæ actio ex testamento vocatur, II. actionem in rem, quæ rei vindicationis nomine venit, quando scilicet species, non quantitas est legata III. si alia defunt remedia, legatario per actionem hypothecariam succurritur, quam subsidiariam dicunt.

ta artificialia , ad quæ eruenda loci topici apprime conducunt. Pertinent huc ratiocinia ex insignium harmonia, & similitudine, nec non ex communi fama, & hominum opinione. (*) Deinde probatio fit per testes, ubi in rebus valde antiquis, etiam testes de auditu admittendos esse, putant. (**) Documentis, quorum numero sunt arbores genealogicæ, & libri genethliaci (***) lapides sepulchrales, monumenta in templis alibive constructa, & libri historici. (****) Habet hic quoque locum

(*) Conf. EVERARDI *loc. legales*. HOEPING *de jure insignium cap. XIII*. SPENER *in opere heraldico parte I. cap. I. p. 21*.

(**) Vid. MASCARDVS & PACIANVS *de probationibus* GABRIEL & FARINAC *de testibus*.

(***) De probatione per arbores genethliacas HILDEBRANOVVS, Jctus quondam altorfinus, dissertationem peculiarem exaravit.

(****) Vid. BODINI *dissertatio de probatione per Historicorum testimonia* EYSENHART & THOMASIVS *de fide histor.*

locum juramenti delatio (*) & si semiplene probat, suppletorium, sin minus, purgatorium juramentum adhiberi

historica. HOEPING *de jure insignium cap. XV.* Sed lapides quoque sepulchrales in partem probationis vocari, liquet ex VFFENBACH *de judicio aulico cap. XI. p. 121.* Enimvero, cum hic nomine Comitum de Isenburg investituram peteret, nec alio idoneo testimonio evincere potuisset, Comitem Wilhelmum Ottonem e vivis excessisse, documento quodam, ab ejus epitaphio sumto, probationem, annuente Consilio aulico, confecit. GAIL *lib. II. observat. 75. n. 9. seqq.* MYNSINGER *centuria III. observat. 85.*

¶ L. 4. ad SCeum trebell. Fulse de hoc remedio in cap. II. disserui. LAVTERBACH vocat extraordinariam persecutionem, quæ sit per implorationem officii judicis; sollemnis enim actio, quæ formulam requirebat, hoc nomine non est prodita, ut supra jam ex ULPIANO *in fragment. tit. 25. §. 12.* ostensum est. Dicunt ex lege illa 4. utilem dari actionem, si fideicommissum familiae ab intestato est constitutum. Datur autem hæc persecutio adversus ultimi fideicommissi possessoris heredes, ad tradenda ea, quæ fideicommissum constituunt, cum omni causa: adversus tertium heredem autem, qui pro possessore aut herede possidet, fideicommissaria heredis petitio, beneficio legis, indulgetur. Hoc quo-

beri poterit. (*) Deinde probandum est, bona illa, quæ actione impetuntur, fideicommissis esse obnoxia, contra utrumque tamen, nec non contra modum, quo fideicommissum familiæ constitutum est, obnitentes cum suis audiendi sunt exceptionibus. Probatione, & reprobatione absoluta, si ei reus exceptiones suas reservat, rotulorum apertura roganda est, qua facta, super rotulis deductiones, ad quas etiam exceptiones adversus testium personas suspendi solent exhibeantur,

Ff &

quoque superius expeditum. Rei vindicationem in fideicommissis familiæ non habere locum, ferunt, quoniam penes fideicommissarium dominum ante restitutionem non est: attamen nonnullis videtur utilis rei vindicatio, ob dominium instituentium voluntate radicatam, locum habere, præsertim cum formularia illa actionum qualitas hodie non amplius sit in usu.

(*) Hæc actio natura sua personalis est; ex pacto enim non datur actio realis, adversus tertium possessorem, sed tantum adversus eos, qui personam defuncti repræsen-

& deinde actis ad referendum traditis, aut transmissis, sententia fertur.

§. XXI.

Inter affinia fideicommissorum familiae referunt quoque jus primogeniturae & majoratum, sed vide de his, quae supra dicta sunt. Ad eorum censum non male pertinere dicuntur feuda (*) non

praesentant, ad interesse, nisi res istae lege, observantia aut conventionem hypothecae adstrictae sint. GABRIEL *conclus. I. de pignoribus lib. II. num. 1. 2. & 8. Seynische deduction p. 184 MOLINA de contract. disputat. 265. n. 4. & 5. VINCENTIVS DE FRANCHIS decision. 74. BVRG de paz. consil. 14. n. 69. LIMA pag. 396.*

- (*) Feuda ad fideicommissorum familiae naturam propius accedere, ex eo liquet, quod regulariter a feudis, etsi franca fuerint, foeminae excludantur; nam feudum in uno irregulare, in reliquis tamen regulare manet, & regula generalis est, foeminas a successione feudali excludens 1. *feud. l. §. 3. 1. feud. 8. BORCHOLT de feudis cap. VIII. n. 68.* Scio quidem, adesse juris Doctores, qui ad franca feuda foeminas admittendas affirmant, & ideo regulam citant, cessante causa, cessare ejus effectum; foeminas autem, quia ad feudum levandum, sive arma tractanda sunt
- ini-

inidoneæ, excludi; deinde ad textus quoque provocant, & quidem ad *argum. II. feudor. 23. & II. feud. 104.* sed ponamus veriore hanc esse sententiam; interim non nisi omnibus masculis deficientibus, quia hos, ante fœminas, feudum francum constituens, elegisse creditur, succedere possunt SCHILTER *de natura successionis feudalis cap. 2. §. 20.* licet HORN *in jurisprudent. feud. c. 26. §. 27.* dissentiat. Porro feuda majora ab initio indivisibilia fuisse videntur, successu autem temporis divisibilia facta; unde DE LVDWIG. *in comment. ad A. B. tit. VII. §. 2.* colligit, tunc temporis jus feudale langobardicum, feuda regalia indivisibilia volens, in Germania nondum fuisse receptum: verum hoc consuetudinarium vacillare videtur; nam ibidem affert, aurea Bulla constitutum, ut Electoratus indivisi primogenitis cedant, & tamen in testamento Electoris Friderici brandenburgici anno 1437. condito quod SPRINGFIELD *de apanagiis cap. III. n. 112. & 113. p. 51. seqq.* habet, dispositum, ut terræ electorales brandenburgicæ inter filios Johannem Fridericum, & Albertum, & Fridericum dividerentur: Quis inde colligeret, eo tempore in Germania auream bullam nondum fuisse receptam. An autem mori illi dividendi regalia territoria, propter Friderici constitutionem, quam anno MCLVIII. in *campis roncaliis* sanxisse traditur, ut apparet ex RADEVICO *lib. II. cap. 7. apud. VRSTISIVM & GUNTHERVM in ligarino lib. VIII. vers. 637. & II. feudor. 55. §. 2. vers. præterea.* valedictum, & juri primogenituræ locus datus, non satis certum. Affirmant hoc VVLTEJVS *lib. I. de feudis cap. VIII. n. 72.* BITSCH *ad jus feud. p. 691.* BOCER *de success. feudal. cap. III. quest. 47.* sed hæc res dubium habere videtur,

non hereditaria, renunciationes fœ-
minarum illustrium (*) matrimonium
ad

tur, quoniam possunt terræ esse indivisæ, licet jus primogenituræ ibi non sit receptum; possunt enim duo aut plures indivisim territoria regere. Vid. LIMN. lib. IV. juris publici cap. 8. n. 110. SCHÜTZ in collegio jur. publ. BETS. de pactis familiar. illust. cap. VIII. cujus argumenta ARMISÆVS de republica refellere annisus est: attamen priorem sententiam verior-rem esse, propugnat ITTER de feudis Imperii cap. XII. §. 13. Dubium adhuc saltem movet, quod Electo-ribus jus primogenituræ in aurea Bulla datum, & capitulationibus peculiariter confirmatum est.

(*) De renunciationibus fœminarum illustrium multa le-
guntur apud BOTILLIER, TOREE & STRYCK de successionibus ab intestato disputat. VIII. c. 10. BER-
GER in dissert. aliosque authores de renunciatio-
nibus a STRUVIO in Bibliotheca juris selecta cap. VI. citatos; Sunt autem hæ renunciationes, quia nemo jus suum jactare solet, strictissime interpretandæ. De causa impulsiva, & finali quæ hisce renunciationi-
bus originem dedit, eruditi inter se non conveniunt. non tamen penitus accedere possum GUNDLINGIO in dissertat. de renunciatis fœminar. illust. c. III. §. IV. ubi ei commento simile videtur, renuncian-
tes tam liberaliter de stemmate masculino, magni-
ficentius instruendo cogitasse, aut de suo aliquid in il-
lum conferri credidisse. Adde LVDOLF de juribus fœminar. illustr. sect. II. membr. 2. §. 32. seqq. Cæte-
rum

ad morganaticam (*) confraternitates

rum licet STRYCKIO assentiendum credam, renunciativa pacta hodie valere, etsi juramentum non accesserit: tutius interim est, illud exigere. BAIER *in specimine juris germanici lib. II. cap. XI. §. 56.* Quem autem effectum habeat clausula renunciationi adiecta, **auf einen ledigen Anfall** inquirunt KNIPHSCHILD *de nobilitate lib. III. cap. 12. n. 83.* & GVNDLING *loc. cit.*

- (*) Confer COCCEJI *dissertat. de matrimonio ad morganaticam contracto.* id est morgengabam, five donationem, per alia deinde bona sæpe auctiorem, qua uxor & liberi ex isto matrimonio nati ab omnibus aliis bonis, nomine & dignitate per pacta, excluduntur. Distinctam hanc fuisse a dote mariti apud veteres, manifestum fit ex GREGORIO TVRONENSI *lib. IX. cap. XX.* ubi de Chilperici Regis sueffionensis & Gaileswindæ nuptiis disserit, *dotemque* accurate a *dono matutillani* distinguit. Pluribus hoc adstruit DN. DE GOEBEL *in Conringianis tom. I. p. 13.* & GVNDLING *in dissertat. de emptione uxorum, dote, & morgengaba cap. III. adversus LVDWIG de dote mariti.* Adde BALVZIVM AD AGOBARDVM *p. 163.* ubi diem illum, quo hæc donatio fiebat, diem votorum vocari docet. HIKESIVS *in præfat. ad thesaurum ling. septentrionalium* ECCARD *ad leg. salicam.* Tale matrimonium, quod etiam ex lege salica contractum dicebatur, non esse iniquam probat BAIER *in specimine juris germanici lib. I. cap. XIV. §. XIII. seqq.* junge FELTMANN *de matri-*
- Ff 3

tes seu Erbverbrüderung (*) Ganerbi- norum

matrimonio impari, SALMVTH in responso pro matrimonio Principis cum virgine nobili & MYLER in Gamologia cap. VI.

- (*) Pacta confraternitatis, præter mutuam defensionem, etiam jus succedendi tribuunt, aut unilaterè, aut reciprocum, siue universale, siue particulare. Vid. GÜTTICH *de confraternitatibus in nucleo juris publici gissenfi.* LIMNÆVS *in jure publico. Textor disputat. academic. XI. de pactis gentilitiis Procerum.* PFEFFINGER *ad VITRIARIVM IV. pag. 200.* Illustre exemplum præbent confraternitatis pacta, quæ inter domum saxoniam, brandenburgicam & hassiacam inita, variisque vicibus repetita leguntur apud GÜTTICH *loc. cit. p. 725.* PFEFFINGER *tom. IV. p. 217. seqq.* LIMNÆVM *in jure publico lib. IV. cap. 5.* & de saxonico hassiacoque fœdere CARPZOVIVS dissertationem conscripsit. Ad hæc autem pacta an electoratus spectent, controversatur. Affirmantium partes sectatur SCHÜTZE *in colleg. publ. exercitat. VI. n. 8. p. 438.* at negativam tuetur LIMNÆVS. Propter auream Bullam, hujus sententia verior videtur. Addubitatum olim fuit, an talia pacta a Cæsare fuerint confirmata, quod tamen dubium hodie sublatum, etsi enim peculiaris eorum non exstaret confirmatio, generalis tamen, quæ capitulationi inserta est, sufficeret. Capitulatio Caroli VI. art. I. Alia confraternitatis pacta exhibet GÜTTICH *pag. 726.* PFEFFINGER *pag. 215.* LVNIG *in archiv. Imper.* Non autem confraternitates confundendæ sunt, cum pactionibus, quæ dicuntur Erbvereinigung.

norum pacta (*) bona avita, quæ in nonnullis Germaniæ terris, sine propinqua cognatione conjunctorum consensu alienari nequeunt (**) statuta

einigung / quippe quæ non successionem, sed amicitiam, & auxilii præstationem inferunt. Talis consociatio est inter Bohemiam & Saxoniam. Vid. LVNIG in *archivo Imperii*, item *Corpus sanctionum pragmaticarum*, & LIMN. *jur. publ. lib. IV. cap. 8. n. 25.*

(*) De pactis Ganerbiorum mutuae defensionis & successoriis agit KILLINGER *de Ganerbiis castrorum & LEIB.* qui sua maximam partem ex RITTETSHVSI *paratitlis feudalibus lib. IV. cap. 17.* hausit. junge PFEFFINGER ad *VITRIARIVM tom. IV. pag. 201.* Inter Ganerbios, ad pauciores numero redactos, celebres sunt Ganerbii castri fridbergensis, qui, ut ex SCHWEDERI *introductione in jus publ.* apparet, Ordinum Imperii numero sunt. Nostro tempore Ganerbii vallis busseckianæ, ob controversias cum hassiacadarmstadtina Domo de statu suo ventilatas, notiores facti. Vide FABRI *Staats-Canzley. Electa juris publici CONRINGIANA tom. II. pag. 113.* LVNIG *part. special. continuat. III. zweyte Fortsetzung pag. 100.*

(**) Jure Germanorum veteri bona immobilia, sine heredum consensu alienari non potuerunt. Vid. SPECVL SAXON. *lib. 1. art. 52.* & ALEMANN. *cap. 308.* Interpretatio deinde usualis hoc ad bona avita restrinxit. *Constitut. Elector. saxon. XII. p. 2.* BAJER. in *specimine juris german. lib. II. cap. XI.*

ta foeminas excludentia, quorum quoque in Italia, ad familiarum conseruationem habemus exempla (*) Denique affinibus quodammodo bona juri devolutionis obnoxia adnumeranda sunt (**) & bona dotalia immobilia, de quibus

(*) KNIPSCHILD *de fideicommissis familiae cap. VI. n. 112.* MENOCHIVS *consil. XII. & consil. XCV. vol. I.* SIMON de PRÆTIS *de interpretat. ultim. volunt. lib. I. fol. II.* Hæc statuta, ad conservandam agnationem, facta esse, creduntur. CVRTIVS *junior consil. II. n. I.*

(**) STOCKMANN *de jure devolutionis cap. IX. n. I.* hoc jus esse videtur: Vinculum, quod per dissolutionem matrimonii consuetudo induit bonis immobilibus superstitis conjugis, ne ea ullo modo alienet, sed integra conseruet ejusdem matrimonii liberis, ut in ea succedere possint, si parenti suo superfuerint, vel ipsi, vel qui ab ipsis nati fuerint. Hoc jus, ad bona privatorum spectans Ludovicus XIV. cum ex conjugis jure Belgium aggredi constituisset, in suos applicavit usus. Vid. *le droit de la Reine*, & quæ huic libro opposita in scripto cui titulus: *La uerità uendicata dai sofismi di Francia.* Adde *les memoires d'Estades.*

(***) Vid. CONCENNATIVS *lib. II. quest. jur. cap. VII. & VIII.* ALEXANDER ab ALEXANDRO *genial. dier. lib. XIV. observat. cap. 9. lib. XXIV. cap. 7.* CONTIVS *lib. I. disputat. successiv. cap. VIII.*

quibus late egit KNIPSCHILD *de familia fideicommissis.*

§. XXII.

Duo præcipue sunt, circa quæ ad jurisprudentiæ studia incumbentium solertia versari debet, quomodo jura constituentur, & quomodo jura desinant (*) Pensitata itaque fideicommissi familiæ constitutione, videndum jam, quomodo tollantur. Hoc fit. I. si familia, in cujus favorem fideicommissum est constitutum, penitus exstinguatur. (**) II. Si fideicommissum fa-
G g milia

(*) Vid. l. ult. ff. de legibus & SCtis, ubi sic loquitur Ulpianus: Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo: aut enim hoc agitur. quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis jus suum, vel rem suam conservet, aut quomodo alienet, vel amittat.

(**) Fideicommissum familiæ non extinguitur, quamdiu quis ex ista familia superstes est. l. 78. §. 3. de legat. I.
Ne-

miliæ unilaterale instituens, illud revo-
cet (*) quod facere potest, nisi pa-
ctum, de non revocando, sit adiectum:
pactitium vero, invitis compaciscenti-
bus

Neque enim personis, in fideicommissio expresse no-
minatis extinctis, fideicommissum expirat: sed etiam
ad proximiores non nominatos pervenit, nisi de
mente instituentis aliter constet. *l. 32. §. fin. l. 69. §. 3.
l. 78. §. 3. ff. de legat. II. l. fin. de V. S.*

- (*) Ultimas voluntates priores per posteriores revocari
posse, cum nondum heredibus aliisque, qui ex iis
lucrum expectant, jus est natum, satis certum
est. Non autem omnino revocatum creditur,
quando heredi datur alienandi facultas. BOTTEL-
LIER *de successione ab intestato theor. VI. n. 25.* in du-
bio enim fideicommissum durare præsumitur. MAN-
TICA *lib. VIII. tit. I. n. 27.* TVSCH *litt. F. conclus. 260.
n. 2.* An fideicommissum ultima voluntate constitu-
tum sit irrevocabile, si pactum accesserit de non re-
vocando, inter controversa est. Non admittunt hoc,
nisi iuramentum accesserit. MIER *de maioratu part.
I. quest. 30. & 33.* BARBOSA *in l. qae dotis 34. n.
116. ff. solut. matrimon.* VALENZVELA *consil. 63. n. 24.*
sed contrariam sententiam, quod iuramentum hic non
requiratur, quoniam jus naturale & civile jubet, pa-
ctorum

bus, revocari nequit (*) excipiunt tamen casum, si liberi superveniunt; hic enim propter amorem, quo parentes in liberos ferri solent, semper exceptus creditur; aut si illi, ad quem pervenire debet, ut ingrato eripitur. III. Si bona fideicommisso obnoxia penitus deleantur, sive hoc fiat per ipsius objecti sublationem, sive alicui ut indigno in pœnam eripiantur. IV. Præscriptione, quæ contra institutorem cœpta, contra successorem proximiorrem negligentem currit. (**)

Gg 2

giffimo

Et eorum fidem esse servandam, veriores esse, contendunt MOLINA *de primogenitura hispan. lib. IV. cap. II. n. 40. 45. 52. 53.* CASTILL *tom. V. cap. 80. n. 6. & 36.* MORGVECH *in tract. de divisione bonorum lib. II. n. 16. & 52.*

(*) Quemadmodum jura constituuntur, ita etiam solent iterum dissolvi. TORRE *de pactis lib. III. cap. II. n. 79.*

(**) Præscriptio de casu ad casum, de re ad rem, & de per-

giffimo tempore absoluitur (*) Illa ta-
men

personam extensionem non recipit, BALDVS *lib. II. cons. 256.* ROMANVS *cons. 368. n. 8.* NATTA *consil. 656. n. 30.* CARD. TVSCH *tom. VI. pract. lit. F. conclus. 340.* SIXTINVS *de regalibus lib. I. cap. V. n. 171.* Ita & præscriptio non currit nondum agere valenti. PETRA *de fideicommissis quæst. XIV. n. 204.* PEREGRINVS *de fideicomm. art. XLI. n. 16.* FVSARIVS *de fideicommissar. subsistut. quæst. 528.* KNIPSCHILD *de fideicommiss. famil. cap. XVI. n. 91.*

(*) Si de præscriptione inter eos, qui nulla juris civilis communione tenentur, agitur, haud dubie temporis vetustas ad terminandum, hoc modo, familiæ fideicommissum necessaria erit. vid. MASCARDVS *de probat. lib. II. conclus. 879. n. 15.* MIER *de majoratu part. IV. quæst. 20. n. 285.* LIMA *p. 229.* Præscriptione enim immemoriali personas quoque legibus solutas teneri, demonstrant. GROTIUS *de J. B. & P. lib. II. c. 4.* HENNINGES, & GRASWINCKEL SELDENVS *de J. N. & G. secundum disciplin. Hebræor. lib. VI. c. 4. p. 714. seqq.* PVFFENDORF *de J. N. & G. lib. IV. cap. 12.* THOMASIVS *in jurispru. divin. lib. II. c. 10. 192.* HVGON DE ROY *lib. III. tit. 4. 5.* ZEVECOTIVS *in iure & iudicio feciali part. II. quæst. 8.* ALBERICVS *de iure belli lib. I. cap. 22.* HVBERVS *de iure civitatis lib. II. sect. 4.* WERLHOFF *in vindiciis præscript. inter gentes liberas.* Et quamvis nullam præscriptionis vim esse in illos, qui solo jure naturæ adstringuntur, contendunt,

men reliquis, quos succedendi ordo nondum tangebatur, noxia esse non potest. V. Amittitur etiam renunciatione, ubi factum patris filiis, ob jus a majoribus quæsitum, nocere nequit. (*) In dubio renunciatio non

G g 3

præ-

tendant VASQVIVS *illustr. controver. lib. II. cap. 51.* & FELDENVS *in stricturis ad cap. IV. lib. II.* attamen rationibus eorum plene satisfiat ab illustri præceptore meo DNO. DE GOEBEL *ad CONRING de fin. Imperii. Conring. tom. I. p. 272. 73. seqq.* Si de præscriptione inter illos, qui juri civili subsunt, agitur, quidam hic triginta requirunt annos, alii vero contendunt, quia possessor fideicommissi habet jus reale, juxta l. 6. *Cod. de servitut. & aqua longi temporis præscriptionem sufficere, & longissimi temporis lapsum non requiri, nisi titulus desit.*

(*) Id dubii nihil habet, aliquem juri pro se introducto renunciare posse, & ad semel renunciata non dari regressum, nisi nova accesserit causa l. 29. *Cod. de pactis l. 14, §. 4. de ædi lib. edict. l. 20. seqq. ff. de minoribus* GAIL *lib. II. observat. 139. n. 7.* GRASS *§. fideicommiss. quæst. 62.* SVRDVS *de alimentis tit. IX. quæst. 16.* FVSARIUS *de fideicommissar. substitut. quæst. 589. n. I. seqq.* CEPHAL *consil. 282. n. 21. lib. II.* MYNSINGER *XIV. resp. IV. n. 50.* An autem talis renunciatio successoribus, qui jus quæsitum a ma-

præsumitur, quoniam nemo suas res,
& id quod sibi debetur, jactare solet:
videtur tamen tacite fideicommisso
renun-

majoribus habent, nocere queat, inter eruditos nec
dum decisum est. Prima quæstio est, an factum
patris nondum natos obstringat; Autores affirman-
tes excitat *author deductionis darmstadinae p. 48*. Ve-
rum cum nascituri pro jam natis in favorebilibus
habeantur, modo concepti sint, *l. 6. ff. de suis & legi-
tim. hered.* & favorabile sit, quod jus a majoribus
quæsitum non amittant, sequitur, quod illis factum
antecefforis noxium esse nequeat. Deinde quæritu-
de jam natis, an illis renunciatio patris damnum in-
ferre queat. Aliqui affirmant, renunciationem pa-
tris illis detrimento esse, si hac, & expresse pacto id
actum, ut neque renunciantes, neque filii eorum
succedant. GABRIEL *conclus. 125. n. 1.* TVSCH
CARDINALIS *lit. D. conclus. 543. n. 39.* Hoc ita se
habere concedo, si tale pactum ante institutum fi-
deicommissum est initum; nam tunc descendentibus
nec dum jus quæsitum succedendi fuit: aliter autem
res se habet, si de tali placito, fideicommisso jam
constituto, & exstantibus illis, quorum gratia fidei-
commissum est factum, inter se convenerint; tunc
enim, ut dictum, jus quæsitum iis non consentien-
tibus, aut citra legitimam causam, eripi nequit. Pro
sententia, quod factum patris hic liberorum juri da-
mnum inferre nequeat, clarissimi pugnant authores,
præsertim si in constitutione duo ablativi absolute
positi

renunciatum esse, postquam quis rem, quam sibi ex fideicommissio deberi scit, renuit. Aliter autem res se habet in fideicommissio condicionali, si ille, cui hoc relictum est, pendente conditione, rem fideicommissio subjectam redimit, impleta conditione, tantum æris ipsi

positi sint adhibiti: *stantibus masculis*. MENOCHIVS *lib. III. præsumpt. CXVII. n. 14.* KLOCK *tom. III. consil. II4. n. 62.* FVSARIUS *de fideicommissar. substitut. quæst. 587. 588. n. 2. 593. n. 161. & 597.* INTRIGIOLVS *de substitut. cent. III. quæst. I. n. 2.* CACHER *consil. LXI.* RVSDORF *vindic. palatin. cap. 10.* Atque pro hac sententia prægnantes sunt rationes I) juris civilis tenore nemo juri futuro renunciare potest, II) nullus alieno juri renunciare potest, nec pactionibus privatis alterius juri noxia inferri potest. *l. 3. ff. de transact. l. 27. §. 4. ff. de pactis.* Neque hic obstat patris juramentum; illud enim, ut singulare quid, non nisi jurantem obligat. Porro confirmatio Principis hic sine effectum est; nam Princeps nemini sine causa jus suum eripere potest. LIMA *in additionibus ad MOLINAM lib. I. cap. 8. n. 29. & lib. IV. cap. 3.* & non aliter probat, aut confirmat actum, quam salvo jure tertii, & ea lege, si validus est. ISERNIA *in caput. imperialem de prohibita feudorum alienatione.* PARIS DE PVTEO *de redintegrat. feudali cap. 267.*

ipsi a fideicommissum tale præstanti restituendum, quanti ille eam rem antea comparaverat. VI. Fideicommissum familiæ alienatione amitti, aliqui dicunt (*). alii autem contrariam sen-

(*) Qui contendunt, bona fideicommissis obnoxia amitti, quando contra instituentis mentem alienantur, circa partis alienationem non conveniunt, an scilicet tunc totum, an tantum pars alienata amittatur, ubi posterior KNIPHSCILDO *loc. cit. n. 104. & 105.* ut æquior, & interpretationi restrictivæ, quæ in pœnis & privationibus locum habet, conveniens placet. Ceterum illi, qui affirmant, fideicommissi, cui clausula commissoria non fuit adjecta, alienatione facta, alienantem jus suum non amittere, id inde liquere statuunt, quod quamdiu alienans superstes sit, res alienata, per proximiores agnatos repeti nequeat; rei alienatæ autem possessorem non proprio jure, quia non est de familia, sed vicario uti: itaque sic oportere, ut per illam alienationem nihil factum sit, sed jus penes alienantem manserit; fructus autem illius juris, quamdiu alienans vixerit, ad cessionarium spectent. Innititur hæc opinio analogiæ juris, quoniam in §. III. *Institut. de usufruct. amitt.* dicitur, eum, qui jus utendi fruendi alienat, nihil agere, quod clarissimi JCTi non de amissione, sed quod jus penes alienantem manere debeat, interpretantur. ACCVRSIVS *ad l. 66. de jure dotium.* Huic accedit

sententiam, nisi clausula commissoria fideicommissio fuerit adjecta. VII. Definit quoque familiæ fideicommissum, quando conditio, sub qua est relictum, deficit. (*) aut dies, ad quem usque alienatio prohibita est, venerit. IIX. Si fideicommissi possessor eo abusus fuerit. (**) IX. Si sententia, qua, servato juris ordine pronunciatum, bona

dit Cujacius ad Ulpianum tit. XIX. & Paulus lib. III. sentent. tit. VI. Add. Stryck in exam. jur. feudalis cap. XX. Struv. syntagm. juris feudalis cap. XIII. thes. VI. n. I. Aliter autem se habet res, si fideicommissio clausula privationis est adjecta; tunc enim sequens in gradu illico rem alienatam, qua excidit, penes quem ante alienationem erat, revocare potest. Menochius consil. 1204. n. 10. 1234. n. 13. Lima l.c. p. 268. An sub alienatione prohibita etiam divisio contineatur, controversum est. Knipschild cap. XVI. n. 201. sqq.

(*) Klock consil. 103. n. 38. Petra de fideicommiss. quest. VI. n. 1. seqq. Knipschild de fideicommiss. famil. cap. VI. n. 264. & cap. XII. n. 181. sqq. ubi textus juris & Doctores citantur.

(**) Knipschild cap. XVI. n. 133. seqq. Sequior tamen videtur sententia, illam tantum partem, quæ deterior reddita est amitti.

bona a fideicommissaria qualitate esse aliena, rei iudicatæ vires nacta fuerit. (*) X. Si qui ad vile genus vitæ se conferant, fideicommissio familiæ, quod in ejus splendorem est constitutum, excidunt. (**) Denique fideicommissum amittitur, si alicui ut indigno eripitur, aut si perduellionis crimine se contaminaverit. (***) Quæ hisce

(*) Vide, quæ hac de re supra dicta sunt, & adde PETRAM *de fideicommiss. quæst. VIII. n. 549. seqq.*

(**) KNIPSCHILD *l. c. n. 199. 200.*

(***) Oritur hic quæstio, si bona indigno eripiantur, aut si quis criminis læsæ majestatis reus est, an bona quoque fideicommissio familiæ subjecta fisco cedant. Variæ pro affirmativa sententia pugnant rationes. I. quod fideicommissa vulgaria indigno erepta ad fiscum deferantur *l. 114. §. 3. de legat. i. l. 77. §. 28. de legat. ii.* quod lex julia majestatis, perduellium bona fisco addicens, nulla excludat, quæ sunt in possessoris dominio. III. illi, ad quos fideicommissum familiæ devolvi debeat, non jus, sed tantum spem ejus habeant, IV. aliorum quoque jurium, ut patronatus, feudi, emphyteuseos, primogenituræ, & majoratus fiscus sit capax. V. huic fisci juri, nec agna-

hisce jungi potuissent, finis, ad quem
properandum est, ne dissertationis li-
Hh 2 mites

agnatorum conventionem, nec testatoris voluntate derogari queat. Vid. plura argumenta ap. KNIPSCHILD *l.c.* verum contraria sententia juris analogiæ, & æquitati magis conveniens videtur, quoniam delictum unius alterius juri quæsito nocere non potest. Atque eo affirmans est extendenda sententia, ut non solum ipsius fideicommissi, sed etiam fructuum, ex fideicommissio provenientium fisco particeps fieri nequeat. Conf. KNIPSCHILD *de fideicommissis familiæ cap. XVI. §. 18. n. 271. seq.* ubi ad argumenta quoque contraria respondet. Id ex antiquitate germanica adhuc addere liceat, bona, peculiari qualitate prædita nunquam fisco fuisse permessa, nisi ii, ad quos pervenire debebant, correi criminis essent. Itaque cum Erchangeri Nuncii Cameræ bona, Conrado I. Germaniam moderante, fisco addicerentur, Berthæ conjugis dotalitium salvum fuit ECKARDVS *junior de casibus monasterii S. Galli cap. 18.* Cæterum hæc assertio, quod fideicommissio familiæ obnoxia bona fisco non cedant, si crimen læsæ majestatis commissum est, exceptionem patitur, si fideicommissi institutor, criminis læsæ majestatis reus bona, fideicommissio destinata, fisco permittere cogitur; deinde si alienationis prohibitio tantum in illius favorem, cui bona eripiuntur, est adjecta, aut si in majestatem primario peccans ex familia ultimus sit; intuitu enim fœminarum, in subsidium succeden-

mites plane transgrediamur, addere prohibet. Interim commodam hic plurimum cupido KNIPSCHILD præstabit operam.

cedentium, nullum est familiæ fideicommissum. Hæc sunt amice lector, quæ de precaria substitutione tuæ benevolentia, tuæque fidei committere voluimus. *Si opere displicemus, saltem studio placeamus, sit acceptum voluisse, si displicet non potuisse nostrum.* VI-
GLIVS TAPSENSIS in fine librorum contra
Eutychem.



EMENDANDA QVÆDAM.

RELIOVA B. L. HVMANITATI CORRIGENDA RELIVVNTVR.

Pag. 1. lin. 4. in textu lege Romanorum. P. 2. lin. 15. in notis colon post
verbum Hesiodi auferatur & reponatur post verbum diebus. P. 3.
n. n. l. 21. τὸν ῥόν. P. 15. l. 1. n. edit. l. 7. γεγονώς. P. 16. n. l. 13. cap. 5. P. 19.
n. l. 14. diceretur. P. 26. n. l. 9. ἀποκατ. P. 27. n. l. 3. πᾶσαν l. 6. χάριν
l. 14. post pag. 200. add. refert. Pag. 28. n. l. 12. lege terraturio.
Dunense Panonio. l. 14. Marcirias. l. 16. dulcissimus. l. 20. Warne-
fridi. P. 31. l. ult. loisible. P. 34. n. l. 16. ὀνοματοθήκη P. 36. n. l. 13. τέτρεσι l. 14.
καταλειπών. P. 38. §. 3. l. 1. fiduciam. P. 39. l. penult. ἐπέχων. l. ult. ὅδ' ὁ
φείλει. Pag. 49. l. penult. παιδανῶν. P. 61. n. l. 1. διατίθ. P. 63. text. l. 1.
post verbum habet adde & fideicommissum pecuniæ *** P. 66.
l. 5. Flavia. l. 18. æquitatem. P. 68. l. 25. post cuf. docet. P. 71. n. l.
7. L. 2. Cod. l. 13. intelligenda. l. 18 λεγάτων κληρονόμω. l. 20. ad
Cajum, citato. P. 72. n. l. 10. Aurelium. P. 75. t. l. 1. ultimam.
n. l. 21. declarationum. P. 83. n. l. 8. hereditates. P. 88. n. l. 24.
ἀρχικυβερνήτης. P. 93. n. l. 1. lege Fabrum. l. 20. nomine. l. 26. mentio
etiam fit & deleatur in d. l. 27. longe alio. P. 94. n. l. 15. ἱποκριτικῶς.
P. 96. n. l. 10. deleatur de. P. 97. n. l. 6. ἰχυρότερα &c. P. 103. n. l. pe-
nult. quodammodo. P. 106. l. penult. select. P. 107. n. l. 1. iii. & 2. l. de-
leantur. P. 108. n. l. 7. Hierophilacium. P. 116. t. l. 6. & 7. deleatur in
restitutione. P. 118. n. l. 7. aditionis. P. 119. n. l. 1. deleatur sit. P. 123.
n. l. 23. post vulnus adde pater. P. 128. n. l. 9. præcipuum. l. 12. ac-
commodata. P. 132. n. l. 16. deleatur arg. P. 133. n. l. 1. quod legata. P.
134. n. l. 17. Aulisium. l. 20. Curtium. P. 138. text. l. 7. Persecutio. l. 8.
experitur. P. 147. n. l. 19. Mancinus. l. ult. Fulgentii. P. 157. n. l. 23.
& 24. lege parum quadrant. P. 158. n. l. 1. Mier l. 4. gissenfi. P. 164. n.
l. 4. pro avebant, agebant l. 19. pro quoties, si donatione l. 26. quæ.
P. 169. n. l. 3. Reduanus. l. 11. cassinensi. P. 171. n. l. 26. militaris. P.
172. n. l. 11. Cæsar P. 173. n. l. 9. in. l. 15. acquisitione. P. 174. n. l. 14 B. & P.
P. 175. n. l. 6. queant pro nequeant. l. 17. deleatur non. l. 19. ante alie-
nandis ponatur non. P. 177. l. 17. deleatur minime. l. 23. proæmio
P. 179. n. l. 17. Arcedura. l. ult. pro hæc hoc P. 182. n. l. 5. Pedagia. l. 16. quæ
pro qua. P. 188. n. l. 12. Princeps. l. 13. gaudens. P. 190. n. l. 8. Molinam.
P. 191. n. l. 12. rei. P. 199. l. 31. esse. P. 200. n. l. 13. nec ad eos spe-
ctant P. 211. n. l. 15. alienationes. P. 212. n. l. 12. convention. P. 213.
n. l. 9. lege de Luca. P. 215. n. l. 7. Fusarius. P. 222. l. 3. in t. proximiores. P.
223. n. l. 7. Hildebrandus. P. 224. n. l. 14. fit pro sit. l. 23. deleatur he-
redem. P. 225. n. l. 3. lege dominium. P. 227. l. 12. feudale. P. 228. n. l. 3.
plures. l. 6. Armisæus. l. 11. fit. P. 229. n. l. 17. matutinali. l. 27. iniquum. P.
231. n. l. 8. Rittershusii. l. 13. introductione. P. 235. t. l. 10. pœnam. P. 236.
n. l. 1. ponatur persona ad. l. 8. substitut. P. 237. n. l. 9. pro. 6. 13. l. 15. ædi-
lit. P. 238. n. l. 9. quæritur.

Oettingen, Franz Ludwig <<von>> ,

Diatriba de fideicommissis

Helmstadium 1734

4 Diss. 175#Beibd.1

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10643497-4

VD18 14976307-004